

Münchener Juristische Beiträge · Band 57

Philia Georganti

**Die Zukunft des ordre public-Vorbehalts
im Europäischen Zivilprozessrecht**



Herbert Utz Verlag · München

Münchener Juristische Beiträge

Herausgeber der Reihe:
Dr. jur. Thomas Küffner

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte
bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Zugleich: Dissertation, München, Univ., 2006

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch
begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung,
des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der
Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem We-
ge und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen
bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwendung,
vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2006

ISBN 3-8316-0582-3

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
Tel.: 089-277791-00 · www.utzverlag.de

INHALTSVERZEICHNIS

	S.
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Literaturverzeichnis	XX
EINLEITUNG	1

Erster Teil

DIE ENTWICKLUNGEN IM EUROPÄISCHEN ZIVILPROZESSRECHT

A. Die Übertragung des Binnenmarktkonzepts auf das Europäische Zivilprozessrecht	5
I. Das primäre Gemeinschaftsrecht	5
II. Der Wiener Aktionsplan	7
III. Die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates in Tampere - Die Freizügigkeit der Entscheidungen	7
IV. Die Freizügigkeit im materiellen Europäischen Recht	9
B. Die Abschaffung des Exequaturs - „Europäischer Vollstreckungstitel“	10
I. Das Maßnahmenprogramm des Rates	10
1. Anwendungsbereich	10
2. Vorgehensweise	10
3. Ausblick	12
<i>a) Die Schlussfolgerungen von Brüssel</i>	<i>12</i>
<i>b) Das Haager Programm</i>	<i>12</i>
<i>c) Aktionsplan des Rates und der Kommission</i>	<i>14</i>
II. Der Europäische Vollstreckungstitel	14
1. Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen	14
<i>a) Vorgeschichte</i>	<i>14</i>
<i>b) Die Funktion des Europäischen Vollstreckungstitels</i>	<i>15</i>
<i>c) Begriffsbestimmungen</i>	<i>16</i>

d) <i>Das Verfahren der Ausstellung der Bestätigung über den Europäischen Vollstreckungstitel</i>	18
e) <i>Allgemeine Voraussetzungen</i>	20
(i) <i>Vollstreckbare Entscheidungen</i>	20
(ii) <i>Zuständigkeitsregeln</i>	22
f) <i>Mindestvoraussetzungen</i>	24
(i) <i>Die Zustellungen</i>	24
(ii) <i>Die Belehrungen</i>	28
(iii) <i>Heilung der Nichteinhaltung von Mindestvoraussetzungen</i>	29
(iv) <i>Überprüfung in Ausnahmefällen</i>	30
g) <i>Der Rechtsschutz im Vollstreckungsverfahren</i>	31
(i) <i>Die Verweigerung der Vollstreckung</i>	31
(ii) <i>Aussetzung oder Beschränkung der Vollstreckung</i>	32
h) <i>Bemerkungen</i>	32
2. <i>Die Abschaffung des Exequaturs für Umgangsrechte</i>	34
a) <i>Vorarbeiten</i>	34
(i) <i>Die Initiative der Französischen Republik</i>	34
(ii) <i>Verordnungsvorschlag über die elterliche Verantwortung</i>	34
b) <i>Die Verordnung über Ehesachen und elterliche Verantwortung</i>	34
c) <i>Anwendungsbereich des „Europäischen Vollstreckungstitels“ für Umgangsrechte und die Rückgabe des Kindes</i>	37
d) <i>Voraussetzungen</i>	38
(i) <i>Umgangsrecht</i>	38
(ii) <i>Rückgabe des Kindes</i>	39
e) <i>Verfahren der Ausstellung der Bescheinigung</i>	39
f) <i>Vollstreckung</i>	41
g) <i>Bemerkungen</i>	41

C. Die Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens

I. Allgemeines

II. Hintergrund

1. Der Storme-Vorschlag

2. Die Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs

III. Das autonome Mahnverfahren in den EU-Mitgliedstaaten

1. Dahinter stehendes Grundprinzip

2. Beweispflichtiges und reines Mahnverfahren

3. Einstufiges oder mehrstufiges Verfahren

4. Weitere Modalitäten

5. Wirkungen (Vollstreckbarkeit und Rechtskraft)	47
IV. Der Verordnungsvorschlag zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens	48
1. Verhältnis zu den anderen Verordnungen	48
2. Verhältnis zu den nationalen Mahnverfahren	49
3. Anwendungsbereich	49
4. Hauptcharakteristika	50
5. Das Verfahren bis zur Ausfertigung der Europäischen Zahlungsaufforderung	51
6. Das Verfahren nach der Ausfertigung der Europäischen Zahlungsaufforderung	52
7. Bemerkungen	54

Zweiter Teil

DER GEGENWÄRTIGE INHALT DES ORDRE PUBLIC - VORBEHALTS

A. Die Reichweite des ordre public-Vorbehalts im Rahmen der EuGVVO (EuEheVOa)	56
B. Der Inhalt des ordre public in den nationalen Rechten der Mitgliedstaaten	60
I. Der ordre public Deutschlands	60
1. Der verfahrensrechtliche ordre public	61
2. Der Prozessbetrug	63
3. Präklusion	64
4. Der materiellrechtliche ordre public	67
II. Der ordre public Englands und Wales' at common law	69
1. Fraud	69
2. Natural justice	71
3. Public policy	74
III. Der ordre public Frankreichs	75
1. Materieller ordre public (<i>ordre public de fond ou substantiel</i>) ...	76
2. Verfahrensrechtlicher ordre public (<i>ordre public procédural</i>) ...	76
a) Allgemeines	76
b) Das Beweisrecht	78
c) Entscheidungen ohne Begründung	79
d) <i>La fraude à la loi</i>	80

IV. Der ordre public Griechenlands	81
1. Der materielle ordre public	81
2. Der prozessuale ordre public	82
C. Die Rolle des Europäischen Gerichtshofes	84
I. Allgemeines	84
II. Der Fall Krombach/Bamberski	85
1. Der Sachverhalt	85
2. Das Urteil	86
III. Der Fall Eco Swiss/Benetton	89
1. Der Sachverhalt	89
2. Das Urteil	91
IV. Der Fall Renault/Maxicar	95
1. Der Sachverhalt	95
2. Das Urteil	96
V. Der Fall Turner/Grovit	98
1. Behandlung der anti-suit injunctions vor dem Urteil des EuGH	98
2. Der Sachverhalt	100
3. Das Urteil	101
D. Das Vollstreckbarerklärungsverfahren gemäß der EuGVVO	103
E. Bemerkungen zum ordre public-Vorbehalt	105
I. Zurückhaltende Anwendung	105
II. Bekräftigter verfahrensrechtlicher ordre public	105
III. Schutz von Privatinteressen	106
F. Exkurs: Art. 6 Abs. 1 EMRK	107
I. Allgemeines	107
1. Zugang zum Gericht	107
2. Weitere Verfahrensgarantien	108
II. Das „faire“ Verfahren	110

III. Das Zusammenspiel von Art. 6 Abs. 1 EMRK und nationalem Prozessrecht	112
---	-----

Dritter Teil
DIE ZUKUNFT DES ORDRE PUBLIC

A. Die gegenwärtigen Rechtsinstrumente des Grundrechtsschutzes in Europa	114
I. Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)	114
1. Der Streitgegenstand der Individualbeschwerde	114
2. Das Verfahren	115
3. Urteil, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit	116
4. Nationale Ansichten betreffend die Vollstreckung der Urteile ..	119
5. Bemerkungen	120
II. Der gemeinschaftsrechtliche Grundrechtsschutz	122
1. Die Entwicklung eines Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union	122
a) <i>Primäres Gemeinschaftsrecht</i>	122
b) <i>Der EuGH und der Grundrechtsschutz</i>	123
2. Die Charta der Grundrechte	124
a) <i>Status der Charta</i>	124
b) <i>Grundrechtsadressaten – Anwendungsbereich</i>	127
3. Der Vertrag über eine Verfassung für Europa	129
a) <i>Die Änderungen in der Charta der Grundrechte der Union</i> ..	129
b) <i>Beitritt der Europäischen Union zur EMRK</i>	131
(i) <i>Vorgeschichte</i>	131
(ii) <i>Art. I-9 Abs. 2 VVE</i>	133
4. Individualrechtsschutzmöglichkeiten vor dem EuGH	134
5. Bemerkungen zum gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz	137
B. Rechtspolitische Prämisse	137
I. Fiktive Gleichwertigkeit der nationalen Rechtsordnungen	137
1. Allgemein	137
2. In Bezug auf die Erweiterung der Europäischen Union	139
II. Wahrung der nationalen Identität und Rechtssystematik	140

C. Vorschlag: Beibehaltung des ordre public-Vorbehalts	143
I. Notwendigkeit: Ordre public als Sicherheitsventil	143
II. Europäischer oder nationaler ordre public	146
1. Vergleich zur Handhabung der <i>ordre public</i> Vorbehalte im primären Gemeinschaftsrecht	146
a) <i>Art. 30 EGV</i>	146
b) <i>Art. 39 Abs. 3 EGV (Art. 46 EGV, Art. 55 i.V.m. 46 EGV)</i>	147
2. Mittelweg als Lösung	149
III. Angleichung mancher Aspekte der nationalen Rechte	151
1. Kollisionsrecht	151
a) <i>Allgemeine Bemerkungen</i>	151
b) <i>Die Gefahr des „forum shopping“</i>	153
2. Angleichung der (Internationalen) Verfahrensrechte der Mitgliedstaaten	155
a) <i>Allgemeines</i>	155
b) <i>Zustellungsrecht</i>	156
c) <i>Das Beweisrecht</i>	159

Vierter Teil

GEDANKEN ÜBER EIN VERFAHREN ZUM ORDRE PUBLIC-VORBEHALT

A. Möglichkeiten der Verlagerung der Prüfung der ordre public-Konformität in das Zwangsvollstreckungsverfahren	162
I. Dem Schuldner in der Zwangsvollstreckung eröffnete Rechtsbehelfe der ZPO	162
1. Rechtsbehelfe im Verfahren zur Erteilung der Vollstreckungsklausel	162
a) <i>Erinnerung gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel</i>	163
(i) Anwendungsbereich	163
(ii) Zuständigkeit, Zulässigkeitsvoraussetzungen	164
b) <i>Klage gegen die Vollstreckungsklausel</i>	165
(i) Anwendungsbereich	165
(ii) Streitgegenstand – Rechtsnatur	167
(iii) Zulässigkeitsvoraussetzungen, Verfahren, Urteil	167
2. Formelle Einwendungen gegen die Durchführung der	

Zwangsvollstreckung	167
a) <i>Die Vollstreckungserinnerung</i>	167
(i) Anwendungsbereich – Erinnerungsgründe	167
(ii) Rechtliche Einordnung	170
(iii) Erinnerungsbefugnis	170
(iv) Andere Zulässigkeitsvoraussetzungen	170
(v) Begründetheit	171
(vi) Entscheidung	172
b) <i>Die sofortige Beschwerde</i>	173
(i) Rechtliche Einordnung – Statthaftigkeit	173
(ii) Weitere Voraussetzungen	173
3. Materielle Einwendungen gegen die Vollstreckbarkeit der Entscheidung	174
a) <i>Anwendungsbereich</i>	174
b) <i>Streitgegenstand</i>	177
c) <i>Präklusion gemäß § 767 Abs. 3 ZPO</i>	178
d) <i>Zuständigkeit</i>	179
e) <i>Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen, Verfahren, Urteilswirkungen</i>	180
 II. Der Schutz des Schuldners in der Zwangsvollstreckung nach englischem Recht	181
1. Einwendungen, die keinen stricto sensu Vollstreckungsschutz veranlassen	182
a) <i>Befriedigung oder set-off</i>	182
b) <i>Setting aside or varying judgments (Aufhebung oder Abänderung von Urteilen)</i>	183
(i) <i>Default and summary judgments</i>	183
(ii) <i>Rule 40.12</i>	184
2. Einstellung der Vollstreckung (<i>stay of execution</i>)	185
a) <i>Allgemeines</i>	185
b) <i>CPR Sch. 1 RSC Ord. 47 r. 1</i>	185
(i) <i>Anwendungsbereich</i>	185
(ii) <i>Verfahren</i>	187
c) <i>CPR Sch. 1 RSC Ord. 45 r. 11</i>	188
3. <i>Aufhebung einer irregulären Zwangsvollstreckung (setting aside an irregular execution)</i>	188
 III. Der Schutz des Schuldners nach französischem Recht	189
1. <i>Difficultés und constestations - Juge d'exécution</i>	190
2. <i>Anwendungsbereich</i>	191
3. <i>Verfahren und Entscheidung</i>	193

IV. Erinnerung nach dem griechischen Zivilprozessgesetzbuch (gr. ZPGB)	193
1. Rechtliche Einordnung – Streitgegenstand	193
2. Die Erinnerungsgründe	194
a) <i>Die Gründe betreffend den Vollstreckungstitel</i>	195
b) <i>Die Gründe betreffend das Zwangsvollstreckungsverfahren</i>	196
c) <i>Die Gründe betreffend den Anspruch</i>	196
(i) Präklusion	196
(ii) Unmittelbarer Beweis	197
3. Die Fristen	198
4. Präklusion gemäß Art. 935 gr.ZPGB	199
5. Zuständigkeit	200
6. Zulässigkeit, Verfahren, Entscheidung	200
V. Ergebnisse	201
1. Gemeinsamkeiten des Vollstreckungsschutzes des Schuldners in den nationalen Rechtsordnungen	201
2. Unterschiede des Vollstreckungsschutzes des Schuldners in den nationalen Rechtsordnungen	202
3. Geeignetheit der Rechtsbehelfe der Zwangsvollstreckungsrechte für die Nachprüfung des <i>ordre public</i> -Vorbehalts	204
4. Verlagerung der Nachprüfung des <i>ordre public</i> -Vorbehalts auf einen speziellen Rechtsbehelf	206
B. Grundzüge eines <i>ordre public</i>-Rechtsbehelfs	206
I. Umkehrung des Rechtsstreits	206
II. „Streitgegenstand“	207
III. Örtliche Zuständigkeit	210
IV. Präklusion	211
V. Frist	212
VI. Entscheidung, Rechtskraft	213
VII. Schlussbemerkungen	213
ZUSAMMENFASSUNG	214

EINLEITUNG

Das EuGVÜ galt unverändert seit über 30 Jahren für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Es handelte sich um ein internationales Übereinkommen und zwar um eine so genannte *convention double*: Damit wurde sowohl die internationale Zuständigkeit der Gerichte zwischen den Vertragsstaaten und die grenzüberschreitende Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen eines Vertragsstaates in einem dritten Vertragsstaat geregelt. Dadurch sollte die Freizügigkeit der Entscheidungen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft gefördert werden.

Das Internationale Zivilprozessrecht erlebt jedoch seit dessen Vergemeinschaftung durch den Vertrag von Amsterdam große Veränderungen, die auf die Verstärkung der oben genannten Freizügigkeit abzielen. Eine Vielfalt von Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft wurden innerhalb von 6 Jahren erlassen, die auf eine Abkoppelung des europäischen vom internationalen Rechtsverkehr¹ und eine Regionalisierung² des grenzüberschreitenden Prozesses hindeutet. Sowohl das primäre als auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht haben also die Schaffung eines „Europäischen internationalen Zivilprozessrechtes“ zum Ziel³. Es entsteht allmählich eine Zwischenstufe zwischen dem rein nationalen und dem grenzüberschreitenden Prozess, der sich auf Drittstaaten bezieht⁴. Das Charakteristikum dieser Zwischenstufe ist, dass sie eine Vereinfachung der Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidungen eines Mitgliedstaates in einem anderen vorsieht, die durch einen weiteren Rahmen von Maßnahmen unterstützt wird.

Die Wichtigkeit dieser Entwicklungen belegt auch die Aufnahme der Ausführungsgesetze der EuZustVO und der EuBVO als 11. Buch der ZPO (Art. 1067 ff.) seit dem 1.1.2004 unter dem Titel „*justizielle Zusammenarbeit in der Europäischen Union*“⁵. Dieses Buch wurde durch das Durchführungsgesetz zur Verordnung über die Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen erweitert (§§ 1079-1086 ZPO)⁶.

¹ Ferrand, FS Sonnenberger, S. 791 ff. (818); Hess, FS Jayme, Bd. I, S. 339 ff. (341); ders., JZ 1998, 1021 ff. (insb. 1032); Junker, FS Sonnenberger, S. 417 ff. (431).

² Ferrand, FS Sonnenberger, S. 791 ff. (818); Mansel in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im Europäischen Kollisionsrecht, S. 1 ff. (14-15).

³ Jayme in: dems., Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa, S. 3 ff. (4-5); Koch, FS Beys, Bd. I, S. 733 ff. (736).

⁴ Hess, FS Jayme, Bd. I, S. 339 ff. (342); Stadler, IPRax 2004, 2 ff. (3).

⁵ Jastrow, IPRax 2004, 11 ff.; Stadler, IPRax 2004, 2 ff. (3); Wagner, NJW 2003, 1 ff. (2-3).

⁶ Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 805/2004 über einen Europäischen Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen (EG-Vollstreckungstitel-Durchführungsgesetz), v. 18.8.2005.

Im Mittelpunkt der Reformen steht die Abschaffung des Exequatur und der Gründe für die Versagung der Anerkennung und Vollstreckung sowie die Durchsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung der Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten. Die Abschaffung des Exequatur soll zur Schaffung eines Europäischen Vollstreckungstitels führen, der sich allmählich auf alle Bereiche des Zivil- und Handelsrechts ausdehnen soll⁷. Die Vollstreckung einer als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigten Entscheidung darf nicht versagt werden.

Obwohl die Abschaffung des Exequatur und die Abschaffung der Versagungsgründe zwei unabhängige Fragen darstellen, koppeln die europäischen Organe diese beiden Fragen miteinander. Für die vorliegende Arbeit ist insbesondere der anerkennungsrechtliche *ordre public*-Vorbehalt (Art. 34 Nr. 1 EuGVVO) von zentralem Interesse. Dieser Vorbehalt wurde in den ersten Studien zum EuGVÜ als ein Versagungsgrund bezeichnet, der die Unterzeichnung des Übereinkommens erleichtere und die Souveränitätsbesorgnisse der Vertragsstaaten mildere⁸.

Die Kommission erwog bereits seit 1998 in einer Mitteilung über die Reform des EuGVÜ die Möglichkeit des Ersatzes des damals bestehenden Systems der Anerkennung und Vollstreckung durch ein erleichtertes System⁹. In derselben Mitteilung bemerkte die Kommission, dass sich die Überprüfung des aus dem Begriff der öffentlichen Ordnung abgeleiteten Versagungsgrunds in einer Schieflage im Verhältnis zum europäischen Integrationsprozess und zu den behandelten Zivil- und Handelssachen befinde¹⁰, und schlug die Streichung des Vorbehalts vor¹¹.

Mit der vorliegenden Arbeit wird untersucht, ob der *ordre public*-Vorbehalt im Europäischen Zivilprozessrecht weiterhin existieren sollte oder ob er vom europäischen Integrationsprozess überholt worden ist und keine praktische Bedeutung mehr in diesem Bereich hat. Um das festzustellen, müssen mehrere Faktoren erwogen werden:

Als erstes müssen die Entwicklungen im europäischen Zivilprozessrecht untersucht werden. Sowohl im primären als auch im sekundären Gemeinschaftsrecht findet man die Basis für die Neuerungen im Europäi-

BGBI. 2005 I, S. 2477 ff.; Hess, IPRax 2004, 493 f. (493); Jayme/Kohler, IPRax 2004, 481 ff. (486, Fn. 69).

⁷ Mansel in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im Europäischen Kollisionsrecht, S. 1 ff. (13).

⁸ Droz, Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun, Nr. 487; vgl. Jayme, Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht, S. 61.

⁹ Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament: „Wege zu einer effizienteren Erwirkung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen in der Europäischen Union“, ABl. EG C 33/31.1.1998, S. 3 ff., Nr. 1.

¹⁰ Nr. 20 der Mitteilung.

¹¹ Der erste Entwurf des EuGVÜ vor der Vergemeinschaftung des europäischen Zivilprozessrechts, welcher von der Kommission vorgelegt wurde, sah keinen *ordre public*-Vorbehalt vor: Vorschlag der Kommission für einen Rechtsakt des Rates zur Ausarbeitung des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. EG 1998 C 33/31.1.1998, 20 ff., Art. 37 a.

schen Zivilverfahrensrecht. Der Vertrag von Amsterdam hat die Rechtsgrundlage dafür bereitgestellt. Dem Amsterdamer Vertrag folgen die Schlussfolgerungen von Tampere, welche die Entwicklungen in diesem Bereich fördern sowie das Maßnahmenprogramm des Rates, das die Maßnahmen für den schrittweisen Aufbau der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen vorstellt. In diesem Rahmen wurden die Verordnung über die Einführung eines Europäischen Titels für unbestrittene Forderungen, die neue EuEheVO, die einen besonders leicht zu vollstreckenden Besuchs- und Rückgabebetitel einführt, und der Vorschlag für die Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens erlassen. Diese Verordnungen sind ein Vorgeschmack künftiger Rechtsakte.

Der nächste Schritt ist die Erörterung des Inhalts und des Anwendungsbereichs des *ordre public*-Vorbehalts. Dadurch kann ermittelt werden, in welchen Fällen der *ordre public* eingesetzt wird, um die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen zu versagen. Da der *ordre public* ein unbestimmter Begriff ist, hat er keinen im voraus bestimmbareren Inhalt. Der Anerkennungs- bzw. der Vollstreckungsstaat ist grundsätzlich für die Inhaltsbestimmung zuständig. Die EuGVVO und die EuEheVO setzen bestimmte Grenzen, innerhalb welcher eine Partei einen *ordre public*-Verstoß geltend machen darf. Weiterhin übernimmt der EuGH eine aktive Rolle in der Überwachung der Grenzen der Anwendung des *ordre public*.

Konkretisiert man die Konstellationen, in denen der *ordre public* eingesetzt wird, muss man als nächstes die Alternativen prüfen, welche die Rolle des *ordre public* übernehmen könnten, wenn er gestrichen wird. Daraus kann man folgern, ob der *ordre public* tatsächlich entbehrlich ist oder nicht. Bejaht man die immer noch bestehende Notwendigkeit des *ordre public*-Vorbehalts, muss man zugleich auch auf die Frage eingehen, ob aufgrund der Entwicklungen im Gemeinschaftsrecht eine Änderung im Konzept des Begriffs notwendig ist, ob nämlich vielleicht der nationale Inhalt des *ordre public* beseitigt werden und auf einen europäischen *ordre public* zurückgegriffen werden kann. Darüber hinaus sollte erwogen werden, ob die Beibehaltung des *ordre public* durch die Angleichung bestimmter Aspekte sowohl des materiellen als auch des Verfahrensrechts der Mitgliedstaaten unterstützt werden sollte.

Schließlich muss man erwägen, wie es künftig rechtstechnisch möglich sein wird, den *ordre public*-Vorbehalt beizubehalten. Das setzt zunächst voraus, dass die nationalen Zwangsvollstreckungsrechte untersucht werden, weil nach der Abschaffung des Exequaturs die Nachprüfung der *ordre public*-Konformität einer ausländischen Entscheidung nur im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens möglich sein wird. Es muss genauer untersucht werden, ob und welche Rechtsbehelfe während der Zwangsvollstreckung zugelassen werden und ob durch die Schaffung

eines speziellen Rechtsbehelfes für die Nachprüfung der *ordre public*-Konformität die Systematik der nationalen Verfahrensrechte beeinträchtigt werden würde. Daraufhin sollte untersucht werden, welche Hauptmerkmale ein solcher Rechtsbehelf haben könnte.

Gang der Darstellung

Die Arbeit ist in vier Teile gegliedert. Im ersten Teil werden die Entwicklungen im europäischen Recht untersucht, insbesondere die neuen Verordnungen und Verordnungsvorschläge. Im zweiten Teil wird der Inhalt und die Ähnlichkeiten des *ordre public* in vier verschiedenen Rechtsordnungen unter Berücksichtigung der Grenzen, welche von der EuGVVO, der EuEheVO und der Rechtsprechung des EuGH gesetzt werden, ermittelt. Im dritten Teil wird die Zukunft des *ordre public* untersucht. Diese hängt mit dem Bestehen von ausreichenden Alternativen zusammen. Erwogen werden der durch die EMRK und die Grundrechtscharta gewährte Grundrechtsschutz und die rechtspolitischen Prämissen, unter denen das Europäische Zivilprozessrecht künftig angewandt werden wird. Daraufhin werden die Gründe für das Beibehalten des *ordre public* zusammengefasst und Fragen zu Möglichkeiten der Umwandlung des Vorbehalts in einen europäischen Begriff, zur Notwendigkeit der Vereinheitlichung des Kollisionsrechts und zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Zustellung und Beweisaufnahme gestellt. Im vierten Teil werden die Möglichkeiten der Verlagerung des *ordre public*-Vorbehalts auf ein spezielles Verfahren im Rahmen der Zwangsvollstreckung untersucht.

Erster Teil

DIE ENTWICKLUNGEN IM EUROPÄISCHEN ZIVILPROZESSRECHT

Dieser erste Teil beschäftigt sich mit den Entwicklungen im Europäischen Zivilprozessrecht. Sie betreffen zunächst das primäre Gemeinschaftsrecht. Daraufhin wurden Dokumente der Europäischen Organe und Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft erlassen, die diese Entwicklungen in Gang setzten. Letztere bilden den Rahmen, in dem die Rolle des *ordre public* untersucht werden wird.

A. Die Übertragung des Binnenmarktkonzepts auf das europäische Zivilprozessrecht

I. Das primäre Gemeinschaftsrecht

Mit dem Vertrag von Amsterdam¹² wurde die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen vergemeinschaftet (Art. 61 Buchstabe c EGV)¹³. Sie ist einer der Bereiche, in dem durch den Erlass von Maßnahmen die Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bezweckt wird (Art. 61 EGV). Im Mittelpunkt dieser Bemühungen stehen grundsätzlich das Internationale Zivilprozessrecht¹⁴ und das Kollisions-

¹² Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, konsolidierte Fassung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft v. 10.11.1997, ABl. EG Nr. C 340, S. 173 ff; s. dazu *Basedow*, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, S.19 ff. (24); *Borrás*, R.E.D.I. 1999, 383 ff.; *Heß*, NJW 2000, 23 ff. (27); *ders.*, IPRax 2001, 389ff. (390); *Jayme/Kohler*, IPRax 2000, 454 ff. (454); *dies.*, IPRax 1997, 385 ff. (385-387); *Kohler*, Rev. crit. DIP 88 (1999), 1ff. (4-6); *ders.*, FS Geimer, S. 461 ff. (465-467); *Leible/Staudinger*, ELF 2000/01, 225 ff. (225); *Mansel*, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, S.1 ff. (6-7); *Müller-Graf*, in: Hummer (Hrsg.), Rechtsfragen in der Anwendung des Amsterdamer Vertrages, S. 53 ff. (67); *Remien*, CMLR 38 (2001), 53 ff. (60); *Schack*, IZVR, Rdnr.106a; *ders.*, RabelsZ 65 (2001), 615 ff. (618); *ders.*, ZEuP 1999, 805 ff.; *Streinz*, in: Hummer (Hrsg.), Rechtsfragen in der Anwendung des Amsterdamer Vertrages, S. 3 ff. (32); *Wagner*, IPRax 2002, 75 ff. (84).

¹³ Das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark haben einen Vorbehalt zum ganzen IV. Titel erklärt (Art. 69 EGV), ihre Positionen werden in den Protokollen zum EGV aufgeführt. Die ersten zwei Staaten haben sich für eine *opt-in* Beteiligung entschieden (Art. 3 des Protokolls Nr.4 über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands ABl. EG Nr. C 340, 173 ff. v. 10.11.1997), während Dänemark entschieden hat, Verhandlungen für die Ausarbeitung eines völkerrechtlichen Vertrages mit den anderen Mitgliedstaaten einleiten zu dürfen, falls es sich für die Teilnahme an den betreffenden Maßnahmen interessiert (Art. 5 des Protokolls Nr.5 über die Position Dänemarks ABl. EG Nr. C 340, 173 ff. v. 10.11.1997); s. auch *Basedow*, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, S. 19 ff. (28-29); *Kohler*, ZEuS 2001, 575 (579); *Leible/Staudinger*, ELF 2000/01, 225 ff. (226); *Potacs*, in: Hummer (Hrsg.), Rechtsfragen in der Anwendung des Amsterdamer Vertrages, 243 ff. (247).

¹⁴ Konkreter: grenzüberschreitende Zustellungen gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke (Art. 65 lit. a Spiegelstrich 1 EGV), Erhebung von Beweismitteln (Art. 65 lit. a Spiegelstrich 2 EGV), die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen und außergerichtlichen Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Art. 65 lit. a Spiegelstrich 3 EGV), Beseitigung der Hindernisse für eine reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren (Art. 65 lit. c EGV). Die Aufzählung ist aber nicht abschließend, dazu: *Basedow*, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, S.19 ff. (45); *Heß*, NJW 2000, 23 ff. (27); *Kohler*, ZEuS 2001, 575 ff. (577); *Wagner*, IPRax 2002, 75 ff. (85).

recht (Art. 65 EGV). Solche Maßnahmen sollen, soweit erforderlich, für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts sorgen (Art. 65 EGV)¹⁵. Seit dem 1.2.2003 ist die konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Nizza v. 26.2.2001 in Kraft getreten¹⁶. Mit diesem Vertrag ändert sich das Verabschiedungsverfahren der Maßnahmen von Art. 61 EGV: Nun gilt das Mitentscheidungsverfahren (Art. 67 Abs.1 EGV i.V.m. Art. 251 EGV).

Im künftigen Vertrag über eine Verfassung für Europa¹⁷ wird der Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu einem der Ziele der Union erklärt (Art. I-3 Abs. 2 VVE)¹⁸. Der dritte Titel des dritten Teils des Vertrags über die Politikbereiche und die Arbeitsweise der Union enthält ein Kapitel (IV.) über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. In jenem Kapitel findet man auch Vorschriften über die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art. III-269 VVE). In diesem Artikel, der Art. 65 EGV entspricht, sind folgende Änderungen hervorzuheben: Die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen wird vom Binnenmarktbezug abgekoppelt (Art. III-269 Abs. 1 VVE: [...] insbesondere [...]), der grenzüberschreitende Bezug wird dagegen aufrechterhalten. Die gegenseitige Anerkennung erhält die zentrale Rolle im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art. III-269 Abs. 1 VVE). Letztere wird auch durch eine allgemein gefasste Möglichkeit für den Erlass von Maßnahmen zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten ergänzt, die über die Maßnahmen in Art. III-269 Abs. 2 hinausgeht¹⁹. Die Maßnahmen werden im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, nämlich durch ein Europäisches Gesetz oder Rahmengesetz vom Europäischen Parlament und dem Rat gemeinsam verabschiedet (Artt. I-34 Abs. 1 i.V.m. III-396 VVE). Die Maßnahmen zu Familiensachen mit grenzüberschreitenden Bezügen werden in einem Sonderverfahren, nämlich einstimmig durch den Rat nach Anhörung des Europäischen Parlaments, verabschiedet (Art. III-269 Abs. 3 S. 1 VVE)²⁰. Mit einem einstimmigen Europäischen Beschluss des Rates, in welchem Aspekte des grenzüberschreitenden Familienrechts bestimmt werden, können jedoch Maßnahmen für diese Aspekte nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden (Art. III-269 Abs. 3 S. 2)²¹.

¹⁵ Die Beziehung zwischen den Marktfreiheiten und der Urteilsfreizügigkeit wurde bereits vor der Vergemeinschaftung des IZPR und IPR in der Rechtsprechung des EuGH behandelt: EuGH, v. 10.2.1994, Rs. C-398/92, *Mund & Fester/Hatrex Internationaal Transport*, Slg. 1994, S. I-37 ff., Rdnr. 12; *Heß*, IPRax 2001, 301 ff. (302).

¹⁶ ABl. EG Nr. C 80/10.3.2001.

¹⁷ v. 6.8.2004, CIG 87/04.

¹⁸ *Kohler*, FS Jayme, Bd. I, S. 445 ff. (445). Dazu ausführlich: *Müller-Graf*, FS Jayme, Bd. II, S. 1328 ff.

¹⁹ *Jayme/Kohler*, IPRax 2003, 485 ff. (486).

²⁰ Entspricht Art. 67 Abs.1, 5 EGV.

²¹ *Jayme/Kohler*, IPRax 2003, 485 ff. (486); *Müller-Graf*, FS Jayme, Bd. II, S. 1328 ff. (1338).

II. Der Wiener Aktionsplan

1998 wurde der so genannte „*Wiener Aktionsplan*“ des Rates und der Kommission erlassen²², der zunächst darauf hinweist, dass der Aufbau des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechtes ein wichtiger Tätigkeitsbereich für die Gemeinschaft ist²³. In jenem Aktionsplan werden die Bestimmungen des IV. Titels des Amsterdamer Vertrages umgesetzt und die Prioritäten für die Schaffung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts konkretisiert²⁴. Hauptmerkmal des Aktionsplans war hinsichtlich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen²⁵ das gleichmäßige Interesse des Rates und der Kommission sowohl für das Internationale Zivilprozess- als auch für das Kollisionsrecht²⁶, so dass ein Gleichgewicht zwischen den beiden Bereichen entstand.

III. Die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates in Tampere - Die Freizügigkeit der Entscheidungen

Der Vertrag von Amsterdam mag zwar den rechtlichen Hintergrund für die Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gegeben haben, aber es war vor allem der Europäische Rat, der als politische Antriebskraft der Europäischen Union²⁷ den Impuls für die drastischen Entwicklungen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen gab²⁸.

Die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates in Tampere²⁹, die den im Dezember 1998 erlassenen Wiener Aktionsplan konkretisieren³⁰, sind der Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gewidmet. Dieses Ziel wird als absolute politische Priorität festgelegt³¹. Endziel ist der Aufbau eines echten europäischen Rechtsraums, der in drei Hauptprojekte gegliedert wird: Erstens besserer Zugang zum Recht in Europa (unter Teil B V), zweitens gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen (unter B VI) und drittens größere Konvergenz im Bereich des Zivilrechts (unter B VII).

²² „Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit, und des Rechts vom Rat (Justiz und Inneres) am 3. Dezember 1998 angenommener Text“ (ABl. EG Nr. C 019, S. 1 ff.).

²³ Heß, NJW 2000, 23 ff. (31).

²⁴ Tarko, östJZ 1999, 401 ff. (407).

²⁵ S. Nr. 39-41 des Wiener Aktionsplans.

²⁶ Kohler, ZEuS 2001, 575 ff. (583).

²⁷ Oppermann, Europarecht, Rdnr. 300.

²⁸ Kohler, in: Baur/Mansel (Hrsg.), *Vergemeinschaftung im europäischen Anerkennungsrecht*, S. 149 ff. (153); Wagner, IPRax 2002, 75 ff. (75-76).

²⁹ Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat (Tampere), 15. und 16. Oktober 1999, Dok. S 1 (1999) 800- SN 200/99 vom 16.10.1999.

³⁰ Kohler, FamRZ 2002, 709 ff. (709); ders., in: Baur/Mansel (Hrsg.), *Systemwechsel im europäischen Anerkennungsrecht*, S. 149 ff. (153).

³¹ S. die Einleitung der Schlussfolgerungen von Tampere.

Zweiter Teil

DER GEGENWÄRTIGE INHALT DES ORDRE PUBLIC- VORBEHALTS

In diesem Teil wird versucht, den Inhalt des ordre public-Vorbehalts zu konkretisieren. Maßgeblich ist das jeweilige nationale Recht. Die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf die Konstellationen, die im europäischen Rechtsverkehr vorstellbar sind. Dafür müssen sowohl die von der EuGVVO aufgestellten Grenzen als auch die Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt werden.

A. Die Reichweite des *ordre public*-Vorbehalts im Rahmen der EuGVVO (EuEheVOa)

Zweck des EuGVÜ war, die Freizügigkeit der Entscheidungen zwischen den Mitgliedstaaten zu erleichtern. Deshalb wurde zwar nicht auf die Anerkennungs- und Versagungsgründe verzichtet, aber es wurde darauf hingewiesen, dass die abschließend aufgezählten Gründe im Lichte der Freizügigkeit ausgelegt werden sollen³⁴³. Im Einklang mit diesem Grundsatz kommt der *ordre public* nur ausnahmsweise zur Anwendung, wenn Verstöße gegen wichtige Rechtsgrundsätze des Vollstreckungsstaates vorliegen³⁴⁴. Hier liegt oft auch der feine Unterschied zur verbotenen *révision au fond*, nämlich der sachlichen Nachprüfung der Entscheidung (Artt. 36, 45 Abs. 2 EuGVVO, Artt. 26, 31 Abs. 3 EuEheVOa)³⁴⁵. Daraus folgt auch, dass weder Abweichungen im Kollisions-³⁴⁶, materiellen oder prozessualen Recht des Ursprungsmitgliedstaates, noch Fehler des Ursprungsgerichts bei der Anwendung des materiellen Rechts oder während des Verfahrens zur Anwendung von Art. 34 Nr.1 EuGVVO führen dür-

³⁴³ Jenard-Bericht, Fünftes Kapitel, A. Allgemeines, ABl. Nr. C 298/24.11.1986, S. 29 ff.; EuGH v. 28.3.2000, Rs. C 7/98 *Krombach/Bambarski*, Slg. 2000, S. I-1956 ff., Rdnr. 21; Schlussanträge des GA Darmon zum Fall *Sonntag/Waidmann*, Rs. C-172/91, Slg. 1993, S. I-1963 ff., Rdnr. 72; *Kropholler*, EuZPR, Art. 34 EuGVO, Rdnr. 1; *Martiny*, Handbuch des IZVR, Bd. III/2, Kap. 2, Rdnr. 91; *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit, S. 762.

³⁴⁴ Jenard-Bericht, Art. 27 - ordre public, ABl. Nr. C 298/24.11.1986, S. 29 ff.; EuGH v. 4.2.1988, Rs. 145/86, *Hoffmann/Krieg*, Slg. 1988, S. 645 ff., Rdnr. 21; EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98, *Krombach/Bambarski*, Slg. 2000, S. I-1935 Rdnrn. 19-21 und 37; OLG Saarbrücken v. 3.8.1987, NJW 1988, 3100 ff. (3100); *Geimer*, ZIP 2000, 863 f., Nr. 3; EuGH, Urteil v. 10.10.1996, Rs. C-78/95, *Hendrikman & Feyen/Magenta Druck & Verlag*, Slg. 1996, S. I-4943 ff., Rdnr. 23; EuGH, Urteil v. 11.5.2000, Rs. C-38/98, *Régie nationale des usines Renault SA/Maxicar SpA und Orazio Formento*, Slg. 2000, S. I-2973 ff., Rdnrn. 26, 30; *Geimer/Schütze-Geimer*, EUZVR, Art. 34 A.1, Rdnr. 14; *Rauscher-Leible*, EuZPR, Art. 34 Brüssel I-VO, Rdnr. 9; *Staudinger*, ELF 2004, 273 ff. (273).

³⁴⁵ *Micklitz/Rott*, EuZW 2002, 15 ff. (18); *MüKommZPO-Gottwald*, Bd. I, § 328 ZPO, Rdnr. 92; *Stadler*, in: Gottwald (Hrsg.), Revision des EuGVÜ, S. 37 ff. (45); *Stürmer*, FS 50 Jahre BGH, Bd. III, S. 677 ff. (688); *Thomas/Putzo-Hüßtege*, ZPO, § 328, Rdnr. 15; *Völker*, Zur Dogmatik des ordre public, S. 223; *Zöller-Geimer*, ZPO-Komm., § 328, Rdnr. 151. Vgl. auch § 723 Abs. 1 ZPO, der den Grundsatz der Unnachprüfbarkeit des Vollstreckungsurteils für das autonome Recht vorschreibt.

³⁴⁶ *Zöller-Geimer*, ZPO-Komm., § 328, Rdnr. 163; vgl. Art. 34 EuGVVO, in welchem Art. 27 Nr. 4 EuGVÜ nicht mehr beinhaltet wird. Ausdrücklich so Art. 25 EuEheVOa; dazu *Helms*, FamRZ 2001, 257 ff. (263); *Schlosser*, EU-ZPR, Art. 18, EuEheVO.

fen, da diese in der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates ebenso wenig auszuschließen sind³⁴⁷. Deshalb darf die Gesetzesumgehung³⁴⁸ auch nicht als Verstoß gegen den *ordre public* herangezogen werden, weil man auf den Inhalt der Entscheidung zurückgreifen und somit gegen das Verbot der *révision au fond* verstoßen müsste, um die Gesetzesumgehung nachprüfen zu können³⁴⁹.

Ebenso wenig dient der *ordre public*-Vorbehalt der Durchsetzung von zwingenden Normen des Vollstreckungsstaates, die im Erstverfahren nicht beachtet wurden. Auch in diesem Fall muss eine Abwägung stattfinden, ob diese zwingenden Normen zu den wesentlichen, unentbehrlichen Grundsätzen des Vollstreckungsstaates gehören³⁵⁰. Außerdem wird er nur dann in Betracht gezogen, wenn die anderen abschließend aufgezählten Versagungsgründe (Artt. 34 Nr. 2-4, 35 Abs. 1 und 61 EuGVVO) nicht eingreifen können, weil diese als spezieller Ausdruck des *ordre public* angesehen werden³⁵¹.

Dasselbe gilt für das Europäische Gemeinschaftsrecht, dessen Grundsätze ebenfalls von den Gerichten beachtet werden sollen³⁵², dessen Verletzung aber nicht unbedingt zum *ordre public*-Verstoß führt und insoweit keinen Vorrang im Vergleich zum nationalen Recht genießt³⁵³.

³⁴⁷Bestätigt werden diese Grundsätze in: EuGH, Urteil v. 28.3.2000, Rs. C-7/98, *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, S. I-1956 ff., Rdnr. 36; EuGH, Urteil v. 11.5.2000, Rd. C-38/98, *Régie nationale de usines Renault SA/Maxicar SpA und Orazio Formento*, Slg. 2000, S. I-2973 ff., Rdnr. 33; *Geimer*, IPRax 1998, 175 ff. (176); *ders./Schütze-Geimer*, EUZVR, Art. 34 A.1, Rdnr. 11; *Kropholler*, EuZPR, Art. 34 EuGVO, Rdnr. 7; *Lopez-Taruella*, ELF 2000/2001, 122 ff. (125-126); *Matscher*, IPRax 2001, 428 ff. (432); *Rauscher-Leible*, EuZPR, Art. 34 Brüssel I-VO, Rdnr. 9; *Schack*, IZVR, Rdnr. 867; *Schlosser*, EU-ZPR, Art. 34-36 EuGVVO, Rdnr. 2; *von Bar*, JZ 2000, 725 ff. (726); *Zöller-Geimer*, ZPO-Komm., § 328, Rdnr. 151 und Anhang I, Art. 34 EuGVVO, Rdnr. 17. *Geimer/Schütze-Geimer*, EUZVR, Art. 34 A.1, Rdnr. 58 sieht entgegen der herrschenden Auffassung keine Bindung an die tatsächlichen Feststellungen des Gerichts, wenn unmittelbare Staatsinteressen betroffen sind.

³⁴⁸ Unter diesem Begriff wird die willkürliche Änderung tatsächlicher Voraussetzungen verstanden, damit Rechtsfolgen umgangen bzw. erschlichen werden können; *Hoffman*, IPR, § 6, Rdnrn. 122-124; *Kropholler*, IPR, § 23 I.

³⁴⁹ *Kerameus/Kremlis/Tagaras*, Das Brüsseler Übereinkommen, Art. 27, Rdnr. 3.

³⁵⁰ *Geimer/Schütze-Geimer*, EUZVR, Art. 34 A.1, Rdnr. 14; *Radicati di Brozolo*, Rev. crit. DIP 92 (2003), I ff. (21-24).

³⁵¹ EuGH v. 4.2.1988, Rs. 145/86, *Hoffmann/Krieg*, Slg 1988, S. 645 ff., Rdnr. 21; EuGH v. 10.10.1996, Rs. C-78/95, *Hendrikman & Feyen/Magenta Druck & Verlag*, Slg. 1996, S. I- 4943 ff., Rdnr. 23; *Jeantet*, Cahiers de droit européen 1972, 375 ff. (412-413); *Kaye*, Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments, S. 1444; *Kropholler*, EuZPR, Art. 34 EuGVO, Rdnr. 1; *Lopez-Taruella*, ELF 2000/2001, 122 (124, 126); *Martiny*, Handbuch des IZVR, Bd. III/2, Kap. II, Rdnr. 90; *Rauscher-Leible*, Art. 34 Brüssel I-VO, Rdnr. 7; *Schlosser*, EU-ZPR, Art. 34-36, Rdnr. 2; *Thomas/Putzo-Hüßtege*, ZPO, Art. 34 EuGVVO, Rdnr. 2.

³⁵² BGH v. 16.9.1993, NJW 1993, 3269 ff. (3272); *Völker*, Zur Dogmatik des *ordre public*, S. 296.

³⁵³ *Baumert*, Europäischer *ordre public* und Sonderanknüpfung zur Durchsetzung von EG-Recht, S. 251 ff., insb. 260-263; *Kropholler*, EuZPR, Art. 34 EuGVO, Rdnr. 9; *Staudinger*, ELF 2004, 273 ff. (275-276); *Thomas/Putzo-Hüßtege*, ZPO, Art. 34 EuGVVO, Rdnr. 2; *Zöller-Geimer*, ZPO-Komm., § 328, Rdnr. 12, 152. Das wurde durch den EuGH bestätigt: EuGH, Urteil v. 11.5.2000, Rs. C-38/98, *Régie nationale des usines Renault SA/Maxicar SpA und Orazio Formento*, Slg. 2000, S. I-2973 ff., Rdnr. 32.

Die Tendenz zur zurückhaltenden Anwendung, bestätigt auch die neue Formulierung des Art. 34 Nr. 1 EuGVVO³⁵⁴, die zum ehemaligen Art. 27 Nr.1 EuGVÜ die „Offensichtlichkeit“ des Widerspruchs als Voraussetzung für die Bestätigung eines *ordre public*-Verstoßes hinzugefügt hat³⁵⁵.

Auch die Zuständigkeitsvorschriften, auf die sich der Ursprungsmitgliedstaat gestützt hat, dürfen – mit Ausnahme der ausschließlichen Zuständigkeiten (Art. 22 EuGVVO), der Zuständigkeitsvorschriften über Versicherungssachen (Artt. 8-14 EuGVVO) und über Verbrauchersachen (Artt. 15-17 EuGVVO), und der Beachtung der besonderen Vereinbarungen mit Drittstaaten von Art. 72 EuGVVO - keineswegs kontrolliert werden (Art. 35 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 EuGVO)³⁵⁶. Das bedeutet, dass falsch angewandte Zuständigkeitsvorschriften oder die Inanspruchnahme exorbitanter Gerichtsstände nicht zur Versagung der Anerkennung und Vollstreckung führen. Diese Vorschrift akzeptiert der Europäische Gerichtshof als ausnahmslos geltend³⁵⁷. Das wird vom Schrifttum stark kritisiert, und statt dessen wird die teleologische Reduktion der Vorschrift aufgrund einer ständigen Grundrechtskontrolle der Zuständigkeit vorgeschlagen³⁵⁸. Ein Teil der Literatur sieht einen *ordre public*-Verstoß bezüglich der exorbitanten Zuständigkeitsvorschriften gegen Beklagte, die keinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat haben³⁵⁹, wobei diese Ansicht mit dem Argu-

³⁵⁴ Ebenso Art. 22 lit. a und Art. 23 lit. a EuEheVOa.

³⁵⁵ Begründung zur EuGVVO v. 14.7.1999, KOM (1999) 348 endg., S. 24-25; Bereits vor dem Inkraft-Treten der EuGVVO durch den EuGH bestätigt: EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98, *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, S. I-1956 ff., Rdnr. 37; EuGH v. 11.5.2000, Rd. C-38/98, *Régie nationale de usines Renault SA/ Maxicar SpA und Orazio Formento*, Slg. 2000, S. I-2973 ff., Rdnrn. 30, 33; *Gundel*, EWS 2000, 442 ff. (447); *Heß*, IPRax 2001, 301 ff. (304); *Kohler*, FS Geimer, S. 461 ff. (481); *Kropholler*, EuZPR, Art. 34 Rdnr. 4; *Rauscher-Leible*, Art. 34 Brüssel I-VO, Rdnr. 9; *Schack*, IZVR, Rdnr. 862. Diese Voraussetzung gilt bereits im autonomen deutschen Anerkennungsrecht (§ 328 Abs.1 Nr. 4 ZPO) und wurde bis jetzt analog zur Auslegung des Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ herangezogen; s. dazu *MitKommZPO-Gottwald*, Bd. III, Art. 27 EuGVÜ, Rdnr. 9 und Aktualisierungsband, Art. 34 EuGVVO, Rdnr. 2; *Schlosser*, EuGVÜ, Art. 27-29 EuGVÜ, Rdnr. 3; skeptisch hinsichtlich der Einführung dieser Voraussetzung: *Schütze*, Rechtsverfolgung im Ausland, Rdnr. 215; *Staudinger*, ELF 2004, 273 ff. (274); vgl. auch Formulierung des Art. 16 EVÜ.

³⁵⁶ S. *Jenard*-Bericht, Art. 28, insb. Abs. 1 und 5; in Bezug auf die EuEheVOa besteht Uneinigkeit aufgrund der Formulierung des Art. 24 EuEheVOa, die Art. 38 Abs. 3 EuGVVO entspricht. Die in Frage stehende Vorschrift schließt generell die Nachprüfung der Zuständigkeit aus, lässt jedoch in der Aufzählung der betroffenen Zuständigkeitsvorschriften im zweiten Satz Art. 15 EuEheVO („Verweisung an ein Gericht, das den Fall besser beurteilen kann“) aus. Unklar ist, ob damit eine *ordre public*-Nachprüfung der Zuständigkeit in diesem Fall zugelassen wird oder die Vorschrift einfach übersehen wurde. Zur zweiten Schlussfolgerung kommt man, wenn man die Begründung zu Art. 29 des Verordnungsvorschlags (KOM/2002/222 endg.) - der identisch in der endgültigen Fassung übernommen wurde - in Erwägung zieht, die ohne weiteres auf die entsprechende Vorschrift der früheren EuEheVO (Art. 17) verweist. Vgl. für weitere *pro* und *contra* Argumente: *Solomon*, FamRZ 2004, 1409 ff. (1418).

³⁵⁷ EuGH v. 28.3.2000-Rs. C-7/98 *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, S. I-1956 ff., Rdnr. 31; *von Bar*, JZ 2000, 725 ff. (726). Kritisch auch in Bezug auf die mit dem Verordnungsvorschlag über die Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen identischen Regelungen: *Coester-Waltjen*, FS Beys, Bd. I, S. 183 ff. (191).

³⁵⁸ *Hau*, EWiR 2000, 441 f., Nr. 2; *Matscher*, IPRax 2001, 428 ff. (433).

³⁵⁹ *Schlosser*, EU-ZPR, Art. 34-36 EuGVVO, Rdnr. 30.

ment geschwächt wird, dass die Verordnung selbst dies in Bezug auf die in Anhang I EuGVVO aufgezählten exorbitanten Gerichtsstände erlaubt (Art. 4 Abs.2 EuGVVO)³⁶⁰. Viele sehen bei der Nicht-Überprüfung der Zuständigkeit einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK, mit der Begründung, der Zugang zu den Gerichten sei im Recht auf ein faires Verfahren beeinträchtigt³⁶¹.

Weiterhin muss betont werden, dass bei einer anerkennungsrechtlichen *ordre public*-Kontrolle nicht die Konformität des Inhalts der Entscheidung mit der inländischen öffentlichen Ordnung überprüft wird, sondern nur, ob das *Ergebnis* der Anerkennung einer Entscheidung im Anerkennungsstaat zu einem *ordre public* Verstoß führen würde³⁶². Die Kontrolle ist abgeschwächt im Vergleich zu derjenigen des Kollisionsrechts (Art. 6 EGBGB/Art. 16 EVÜ), bei welcher eine gemäß dem EGBGB/EVÜ bezeichnete Norm unanwendbar bleibt, wenn das Ergebnis der Anwendung der Norm mit der öffentlichen Ordnung unvereinbar ist. Der anerkennungsrechtliche *ordre public* hat einen so genannten *effet attenté*³⁶³.

Da der *ordre public* ein unbestimmter³⁶⁴ Begriff ist, wird dessen Inhalt grundsätzlich nicht - wie andere gemeinschaftsrechtliche *ordre public*-Vorbehalte³⁶⁵ - autonom vom Europäischen Gerichtshof³⁶⁶, sondern

³⁶⁰ Matscher, IPRax 2001, 428 ff. (433).

³⁶¹ Hess, FS Jayme, Bd. I, S. 339 (346-347); Piekenbrock, IPRax 2000, 364 ff. (365-366) will die Zuständigkeit ad hoc am Grundgesetz messen lassen, insb. an den Grundrechten und dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip; Schlosser, EU-ZPR, Art. 34-36 EuGVVO, Rdnr. 30. Allgemein: Geimer, FS Schwind, S. 17 ff.

³⁶² Jenard-Bericht, Art. 27 - *ordre public*; MüKommZPO-Gottwald, Bd. I, § 328 Rdnr. 94; Föhlich, Der gemeineuropäische *ordre public*, S. 10, 21; Kaye, Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments, S. 1444.

³⁶³ S. auch Schlussanträge des GA Darmon zum Fall *Hoffman/Krieg*, Rs.-145/86, EuGH Slg. 1988, S. 645 ff., Rdnr. 17, Spiegelstrich 2; Geimer, IPRax 1998, 175 ff. (176-177); ders./Schütze-Geimer, EUZPR, Art. 34 A.1, Rdnr. 19-22; Martiny, Handbuch des IZVR, Bd. III/1, Kap. I, Rdnr. 1014; *Radicati di Brozolo*, Rev. crit. DIP 92 (2003), 1 ff. (21); Zöller-Geimer, ZPO, § 328, Rdnr. 152a. Leipold, FS Stoll, S. 625 ff. (635-636) sieht keinen Grund für die Unterscheidung zwischen dem kollisionsrechtlichen und dem verfahrensrechtlichen *ordre public*; Völker, Zur Dogmatik des *ordre public*, S. 92, 254.

³⁶⁴ Art. 15 Abs. 2 lit. a EuEheVO/Art. 23 lit. a EuEheVO sehen in Bezug auf die Anerkennung einer Entscheidung über die elterliche Verantwortung insbesondere eine Verletzung des *ordre public*, wenn durch die Anerkennung das Kindeswohl nicht ausreichend beachtet wird. Entscheidend ist an dieser Stelle, dass die zurückhaltende Anwendung des *ordre public* auch hier gilt. Deshalb dürfte die Entscheidung nur dann nicht anerkannt werden, wenn das Kindeswohl übermäßig beeinträchtigt würde; Schlosser, EU-ZPR, Art. 15 EuEheVO, Rdnr. 3, Art. 15 Abs. 2 lit. b und d EuEheVO/Art. 23 lit. b und d EuEheVOa dürfen als Konkretisierungen des (verfahrensrechtlichen) *ordre public* angesehen werden. Nach diesen Vorschriften darf erstens eine Entscheidung nicht anerkannt bzw. nicht vollstreckt werden, wenn die Entscheidung ohne die Gewährung rechtlichen Gehörs ergangen ist und dadurch wesentliche verfahrensrechtliche Grundsätze des Mitgliedstaates verletzt wurden. Zweitens wird die Anerkennung versagt, wenn das rechtliche Gehör einer Person beeinträchtigt wurde, in deren elterlichen Verantwortung die Entscheidung eingreift. Vgl. Art. 23 Abs. 2 lit. b und c KSÜ; Helms, FamRZ 2001, 257 ff. (263); Thomas/Putzo-Hüftege, Art. 15 EheVO, Rdnrn. 7, 10. Vgl. Art. 23 Abs. 2 lit. b und c KSÜ; Helms, FamRZ 2001, 257 ff. (263); Thomas/Putzo-Hüftege, Art. 15 EheVO, Rdnrn. 7, 10.

³⁶⁵ Zur Relativierung des nationalen Inhalts durch die Schaffung eines europäischen *ordre public* s. unten unter 3. Teil, C II.

³⁶⁶ Ausführlich über die Rolle des EuGH s. unten unter C.

Dritter Teil

DIE ZUKUNFT DES ORDRE PUBLIC

Der Notwendigkeit einer *ordre public*-Klausel sollte von Zeit zu Zeit hinterfragt werden⁷⁸⁵. So ist zum Beispiel eine dem HZÜ entsprechende *ordre public*-Klausel in die EuZustVO nicht aufgenommen worden, weil diese Klausel tatsächlich nutzlos war⁷⁸⁶. Um die Notwendigkeit einer *ordre public*-Klausel also zu ermitteln, wird in diesem Abschnitt erörtert, ob die Prämissen gegeben sind, um den *ordre public*-Vorbehalt zu streichen. Diese werden in Bezug auf den im zweiten Teil ermittelten Anwendungsbereich des *ordre public* untersucht. Darauf hin werden die Schlußfolgerungen bezüglich der künftigen Notwendigkeit, der Rolle und des künftigen Inhalts des *ordre public* gezogen.

A. Die gegenwärtigen Rechtsinstrumente des Grundrechtsschutzes in Europa

I. Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)

1. Der Streitgegenstand der Individualbeschwerde

Mit Art. 1 des 11. Zusatzprotokolls sind Art. 19 ff. EMRK abgeändert worden. Damit ist die Möglichkeit für den Verletzten eröffnet worden, direkt vor dem EGMR eine Beschwerde einzulegen (Art. 34 EMRK). Das ehemalige System erforderte die Einschaltung der Europäischen Kommission für Menschenrechte, bevor die Beschwerde einer natürlichen Person den EGMR erreichen konnte (ex-Art. 25 Abs. 1 i.V.m. EMRK/Art. 48 Abs. 1 lit e EMRK).

Der Streitgegenstand einer Individualbeschwerde vor dem EGMR ist die Feststellung der Verletzung der EMRK⁷⁸⁷. Berechtigt dazu sind Personen, die von der Verletzung betroffen sind, das heißt in ihren Rechten verletzt worden sind. Das Verfahren richtet sich also gegen den Staat, der ein in der EMRK aufgezähltes Recht nicht gewährleistet bzw. verletzt hat. Die Beschwerdeführer können natürliche Personen bzw. Personengruppen und nichtstaatliche Organisationen sein, soweit es sich um Rechte handelt, die nicht einer natürlichen Person vorbehalten sind. Beschwerdegegner dagegen ist immer ein Konventionsstaat.

⁷⁸⁵ Wagner, IPRax 2002, 75 ff. (89).

⁷⁸⁶ Stadler, IPRax 2001, 514 ff. (515); Wagner, IPRax 2002, 75 ff. (89).

⁷⁸⁷ Beys, Prozessuales Denken aus Attika, S. 207 ff. (209); Frowein/Peukert-Peukert, EMRK-Komm., Art. 25, Rdnr. 3 und Art. 53, Rdnr. 2; Habscheid, FS Beys, Bd. I, S. 473 ff. (479-480); Wittinger, NJW 2001, 1238 ff. (1238).

2. Das Verfahren

Nach der abgeänderten Fassung ist der EGMR das einzige Kontrollorgan der EMRK (Art. 19 EMRK)⁷⁸⁸. Vorausgesetzt für die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde ist die Ausschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel und die Einlegung der Beschwerde innerhalb einer sechsmonatigen Frist, nachdem die innerstaatliche Entscheidung endgültig geworden ist und der Betroffene wirksam und ausreichend Kenntnis davon bekommen hat (Art. 35 Abs. 1 EMRK)⁷⁸⁹. Darüber hinaus stellt die Ausschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel eine Voraussetzung für die Schlüssigkeit einer Konventionsverletzung dar⁷⁹⁰.

Der Gerichtshof kann entweder als ein Dreierausschuss oder als eine aus sieben Richtern bestehende Kammer oder als Grosse Kammer mit siebzehn Richtern angerufen werden (Art. 27 Abs. 1 EMRK). Der Dreierausschuss kann zunächst einstimmig die Beschwerde für unzulässig erklären, wenn eine solche Entscheidung ohne weitere Prüfung getroffen werden kann (Art. 28 Abs. 1 S. 1 EMRK). Er fungiert als eine Art Filtersystem für unzulässige Beschwerden⁷⁹¹. Jene Entscheidung ist endgültig (Art. 28 Abs. 1 S. 2 EMRK) und kann nicht mit Rechtsmitteln angegriffen werden. Meistens wird die Beschwerde zurückgewiesen, weil die Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht eingehalten wurden oder weil der Verletzte sich auf Rechte beruft, welche die EMRK nicht erwähnt⁷⁹². Weitere Konstellationen sind die Beantragung bestimmter Leistungen, welche nicht Streitgegenstand einer Beschwerde vor dem EGMR sein können, die Berufung auf den EGMR als Rechtsmittelinstanz gegen innerstaatliche Entscheidungen oder Fälle, die bereits vom EGMR überprüft oder von einer anderen internationalen Untersuchungs- oder Schlichtungsinstanz unterbreitet worden sind (Art. 35 Abs. 1 lit. b EMRK)⁷⁹³. Auf jeden Fall sind immer diejenigen Beschwerden unzulässig, die sich mit der EMRK nicht vereinbaren lassen, offensichtlich unbegründet oder missbräuchlich sind (Art. 35 Abs. 3 EMRK).

Erlässt der Ausschuss keine Entscheidung, dann wird die Beschwerde der Kammer vorgelegt und sie entscheidet sowohl hinsichtlich der Zulässigkeit als auch der Begründetheit (Art. 29 Abs. 1 EMRK). Die Entscheidung über die Zulässigkeit ergeht gesondert (Art. 29 Abs. 3 EMRK). Wirft jedoch die Beschwerde vor der Kammer eine schwerwiegende Frage bezüglich der Auslegung der EMRK oder der Protokolle zur EMRK auf oder kann die Entscheidung einer ihr vorliegenden Frage zu

⁷⁸⁸ Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 19, Rdnr. 1.

⁷⁸⁹ Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 35, Rdnrn. 20-21; Oppermann, Europarecht, Rdnr. 81.

⁷⁹⁰ Geimer, ZfRV 1992, 401 ff. (412); ders., BerDGVR 1994, 213 ff. (220, Fn. 20); Matscher, FS Schwind, S. 71 ff. (84).

⁷⁹¹ Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 28, Rdnr. 1.

⁷⁹² Wittinger, NJW 2001, 1238 ff. (1240).

⁷⁹³ Wittinger, NJW 2001, 1238 ff. (1240).

einer Abweichung von einem früheren Urteil des Gerichtshofes führen, dann kann die Kammer zu Gunsten der Grossen Kammer zurücktreten, solange sie kein Urteil gefällt hat (Art. 30 EMRK). Die zweite vorstellbare Konstellation, die zum Einsatz der Grossen Kammer zu führen vermag, ist der Antrag einer Partei innerhalb von drei Monaten nach Erlass des Urteils der Kammer; dies ist aber nur in Ausnahmefällen möglich (Art. 43 Abs. 1 EMRK). Schwerwiegende Fragen der Auslegung oder der Anwendung der EMRK oder eine schwerwiegende Frage von allgemeiner Bedeutung konstituieren solche Ausnahmefälle (Art. 43 Abs. 2 EMRK). Ob der Antrag der Partei zur Grossen Kammer zugelassen wird, entscheidet ein Ausschuss bestehend aus 5 Richtern der Grossen Kammer. In diesem Fall entscheidet die Grosse Kammer als eine Art interne „zweite Instanz“, obwohl es eigentlich derselbe Gerichtshof ist, der die Entscheidung erlässt⁷⁹⁴.

3. Urteil, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit

Die Urteile des EGMR sind endgültig und werden veröffentlicht (Art. 44 EMRK). Die Voraussetzungen für die Endgültigkeit sind aber unterschiedlich, je nach Zusammensetzung des Gerichtshofes. Erlässt die Grosse Kammer das Urteil, dann ist es ohne weiteres endgültig. Das Urteil einer Kammer wird endgültig, wenn die Parteien erklären, dass sie die Verweisung der Beschwerde an die Grosse Kammer nicht beantragen werden, oder wenn drei Monate nach dem Erlass des Urteils die Verweisung nicht beantragt wurde, oder wenn der Ausschuss der Grossen Kammer den Antrag auf Verweisung nach Art. 43 EMRK abgelehnt hat (Art. 44 Abs. 2 litt. a, b und c EMRK). Gegen das Urteil sind keine Rechtsmittel vorgesehen⁷⁹⁵. So erwächst es in formeller Rechtskraft⁷⁹⁶.

Die Konventionsstaaten sind verpflichtet, die endgültigen Urteile des Gerichts in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, zu befolgen (Art. 46 Abs. 1 EMRK). Der Ministerausschuss überwacht die Durchführung des jeweiligen Urteils (Art. 46 Abs. 2 EMRK). Aus dieser Vorschrift (Art. 46 EMRK) wird die materielle Rechtskraft abgeleitet⁷⁹⁷, so dass der Verletzte nicht erneut eine Individualbeschwerde in Bezug auf denselben Sachverhalt einleiten darf. Wird eine solche Beschwerde eingelegt, dann ist sie aufgrund des früheren rechtskräftigen Urteils unzulässig⁷⁹⁸. Dies ist

⁷⁹⁴ *Wittinger*, NJW 2001, 1238 ff. (1241), spricht von Kontrollinstanz bzw. von internem Rechtsmittel, weil der Antrag der Partei keinen Devolutiveffekt mit sich bringt.

⁷⁹⁵ Ausnahmsweise wird eine Wiederaufnahme des Verfahrens zugelassen (Art. 80 VerfO). Vorausgesetzt wird, dass eine Tatsache bekannt wurde, die im Zeitpunkt des Urteils unbekannt war und nach menschlichem Ermessen nicht bekannt sein konnte. *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 45, Rdnr. 5.

⁷⁹⁶ *Habscheid*, FS Beys, Bd. I, S. 473 ff. (480); *Iliopoulos-Strangas*, in: Beys (Hrsg.), *Dike International III*, S. 595 ff. (601).

⁷⁹⁷ *Habscheid*, FS Beys, Bd. I, S. 473 ff. (480); *Iliopoulos-Strangas*, in: Beys (Hrsg.), *Dike International III*, S. 595 ff. (601).

⁷⁹⁸ *Habscheid*, FS Beys, Bd. I, S. 473 ff. (480).

Vierter Teil

GEDANKEN ÜBER EIN VERFAHREN ZUM ORDRE PUBLIC-VORBEHALT

Das Exequaturverfahren, das als Zwischenstufe zwischen dem Erstverfahren im Urteilsmitgliedstaat und der Zwangsvollstreckung im Vollstreckungsmitgliedstaat fungiert, soll künftig abgeschafft werden. Die obigen Erwägungen haben jedoch belegt, dass der *ordre public* immer noch aktuell ist. Deshalb erscheint es realitätsfern anzunehmen, dass eine verletzte Partei auf den Versuch verzichten wird, den *ordre public*-Einwand wenigstens mittelbar geltend zu machen. Das bedeutet, dass *ordre public*-Rügen auf bereits bestehende nationale Rechtsbehelfe verlagert werden¹¹⁴⁸, falls kein spezieller Rechtsbehelf dafür geschaffen wird. Ein erstes Beispiel in diese Richtung bietet § 1086 ZPO, der die Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) über materielle Einwendungen gegen die als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigten Entscheidungen vorsieht¹¹⁴⁹. Das wird im Schrifttum als ein verdeckter Rechtsbehelf gegen den Europäischen Vollstreckungstitel kritisiert, weil sich § 767 ZPO gegen die Vollstreckbarkeit der Entscheidung richtet, was die Verordnung selbst möglicherweise verbietet (Art. 21 Abs. 2 EuVTVO)¹¹⁵⁰.

Als erstes muss hier überlegt werden, ob die Rechtsbehelfe, über welche die nationalen Zwangsvollstreckungsrechte verfügen, für die Nachprüfung der Konformität der Vollstreckung der ausländischen Entscheidung mit dem *ordre public* geeignet sind. Falls das nicht der Fall ist, muss die Möglichkeit eines besonderen, speziell für die Nachprüfung des *ordre public* geschaffenen Verfahrens in Erwägung gezogen werden, das rechtstechnisch nur in der Phase der Zwangsvollstreckung denkbar ist¹¹⁵¹. Bevor dies jedoch erörtert wird, sollen zunächst die in den nationalen Zwangsvollstreckungsrechten vorhandenen Rechtsbehelfe des Vollstreckungsschuldners untersucht werden.

¹¹⁴⁸ Helms, FamRZ 2002, 1593 ff. (1602); Hess, IPRax 2004, 493 f. (494, Fn. 8) und ders., JZ 2001, 573 ff. (582, Fn. 150) fürchtet die Ausweitung der Nichtigkeits- und Restitutionsgründe bzw. entsprechender Rechtsbehelfe (§ 826 BGB); Kohler, in: Reichelt/Rechberger (Hrsg.): Europäisches Kollisionsrecht, S. 63 ff. (78); Mankowski, RIW 2004, 587 ff. (588); Schollmayer, IPRax 2002, 478 ff. (481, Fn. 37); Solomon, FamRZ 2004, 1409 ff. (1419); Stadler, IPRax 2004, 2 ff. (10, Fn. 68); Stein, IPRax 2004, 181 ff. (191).

¹¹⁴⁹ Durch das EG-Vollstreckungstitel-Durchführungsgesetz angefügt (s. oben Fn. 6).

¹¹⁵⁰ Hess, IPRax 2004, 493 f. (494, Fn. 8).

¹¹⁵¹ Staudinger, ELF 2004, 273 ff. (280); Wagner, IPRax 2002, 75 ff. (93).

A. Möglichkeiten der Verlagerung der Prüfung der ordre public-Konformität in das Zwangsvollstreckungsverfahren

I. Dem Schuldner in der Zwangsvollstreckung eröffnete Rechtsbehelfe der ZPO.

Da die Zwangsvollstreckung stark formalisiert¹¹⁵² ist und zu einem Eingriff in die Rechtsstellung des Schuldners führt, stellt die ZPO dem Vollstreckungsschuldner eine Reihe von Rechtsbehelfen zur Verfügung, welche einen effektiven Rechtsschutz gegen beeinträchtigende, rechtswidrige Zwangsvollstreckungsmaßnahmen bieten¹¹⁵³. Sie lassen sich in zwei Gruppen einteilen: Zum einen in Rechtsbehelfe, mit welchen formelle Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung und Einwendungen gegen die eigentliche Durchführung der Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden. Weil sich diese Rechtsbehelfe selbst auf das Vollstreckungsverfahren beziehen, werden sie auch als „vollstreckungsinterne Rechtsbehelfe“ bezeichnet (unter 2)¹¹⁵⁴. Die zweite Gruppe erfasst Rechtsbehelfe, mit welchen materielle Einwendungen gegen die Vollstreckbarkeit der Entscheidung geltend gemacht werden (unter 3). Durch den jeweilig einschlägigen Rechtsbehelf wird auch das zuständige Gericht bestimmt: Für Rechtsbehelfe über formelle Einwendungen ist das Vollstreckungsgericht zuständig, für Rechtsbehelfe über materielle Einwendungen dagegen ist wegen des Sachzusammenhangs mit dem vorausgegangenem Rechtsstreit und wegen des besseren Rechtsschutzes im ordentlichen Klageverfahren das Prozessgericht zuständig¹¹⁵⁵.

Der eigentlichen Zwangsvollstreckung wird das Verfahren der Klauselerteilung vorangeschaltet, in welchem dem Vollstreckungsschuldner ebenfalls spezielle Rechtsbehelfe zustehen. Da diese Rechtsbehelfe eine enge Verwandtschaft zu den Rechtsbehelfen der Zwangsvollstreckung aufweisen, werden hier auch die Klauselrechtsbehelfe erläutert¹¹⁵⁶ (unter 1).

1. Rechtsbehelfe im Verfahren zur Erteilung der Vollstreckungsklausel

Die Erteilung der Vollstreckungsklausel ist das Bindeglied zwischen dem Erkenntnis- und dem Zwangsvollstreckungsverfahren und Ausdruck der Formalisierung der Zwangsvollstreckung¹¹⁵⁷: Sie ist ein

¹¹⁵² Der Begriff „Formalisierung“ bringt die strenge Trennung zwischen dem Erkenntnis - dem Vollstreckungsverfahren zum Ausdruck. Die Vollstreckungsorgane dürfen lediglich „das Formale“ der Vollstreckung prüfen: *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 5 IV und § 36 III 4.

¹¹⁵³ *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 1159.

¹¹⁵⁴ *Gaul*, ZZZ 85 (1972), 251 ff. (256); *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 36 III.

¹¹⁵⁵ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 36 III.

¹¹⁵⁶ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 36 I.

¹¹⁵⁷ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 16 I 1. Zum Begriff „Formalisierung“ s. gleich oben unter I.

amtliches Zeugnis über das Bestehen und die Vollstreckungsreife des Titels und sie soll den Vollstreckungsorganen die Nachprüfung des Vorliegens der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen abnehmen¹¹⁵⁸.

Die ZPO sieht ein Rechtsbehelfssystem, mit dem der Schuldner Einwendungen gegen die Klauselerteilung geltend machen kann, vor: Die Erinnerung gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 732 ZPO), mit welcher formelle und materielle¹¹⁵⁹ Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Klausel geltend gemacht werden (unter a), und die Klage gegen die Vollstreckungsklausel (§ 768 ZPO), mit welcher der Eintritt der materiellen Voraussetzungen bestritten wird (unter b)¹¹⁶⁰.

a) Erinnerung gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel

(i) Anwendungsbereich

Mit der Erinnerung gemäß § 732 ZPO können Einwendungen des Schuldners gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel aller vollstreckbaren Ausfertigungen geltend gemacht werden (§§ 724 ff. ZPO). Mit diesem Rechtsbehelf wird die Beseitigung oder Einschränkung der Vollstreckungsklausel bezweckt¹¹⁶¹.

In Betracht kommen zunächst formelle Einwendungen¹¹⁶². Die Einwendungen können sich auf das Nichtbestehen des Vollstreckungstitels beziehen¹¹⁶³, weil beispielsweise das Urteil nicht rechtswirksam geworden ist¹¹⁶⁴, aufgrund fehlender Gerichtsbarkeit, wegen Aufhebung des Urteils im Berufungs- oder Revisionsverfahren oder nach Einspruch oder weil ein noch nicht rechtskräftiges Urteil mit Klagerücknahme wirkungslos wurde (§ 269 Abs. 3 S. 1 ZPO). Außerdem kommt die fehlende Vollstreckbarkeit des Titels als Einwendung in Betracht¹¹⁶⁵, weil z.B. das Urteil noch nicht rechtskräftig ist oder nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt worden ist oder weil aus der Klausel nicht hervorgeht, dass die Vollstreckbarkeit des Titels auf Sicherheitsleistung beschränkt ist¹¹⁶⁶. Gegen den Titel kann im Klauselerinnerungsverfahren auch eingewandt werden, dass er inhaltlich unbestimmt ist¹¹⁶⁷ oder dass er keinen vollstreckbaren Inhalt hat¹¹⁶⁸. Wurde die Vollstreckungsklausel einer anderen Person als dem Gläubiger erteilt, der sich am Prozess beteiligt hat, oder nennt sie ei-

¹¹⁵⁸ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 16 I 3.

¹¹⁵⁹ Umstritten, s. dazu gleich unten unter a) (i).

¹¹⁶⁰ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 17 III 1.

¹¹⁶¹ *Zöller-Stöber*, ZPO-Komm., § 732, Rdnr. 1.

¹¹⁶² *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 17 III 2; *Stein/Jonas-Münzberg*, ZPO-Komm., § 732, Rdnr. 2; *Zöller-Stöber*, ZPO-Komm., § 732, Rdnr. 5.

¹¹⁶³ *Zöller-Stöber*, ZPO-Komm., § 732 ZPO, Rdnr. 6.

¹¹⁶⁴ BGH v.17.1.2002, MDR 2002, 599 f. (600).

¹¹⁶⁵ *Zöller-Stöber*, ZPO-Komm., § 732 ZPO, Rdnr. 7.

¹¹⁶⁶ OLG München v. 25.5.1955, NJW 1956, 996 f..

¹¹⁶⁷ BGH v. 24.10.1956, BGHZ 22, 54 ff. (56, 64-65); BGH v. 5.12.2003, 471 f. (471).

¹¹⁶⁸ *Zöller-Stöber*, ZPO-Komm., § 732 ZPO, Rdnr. 8.

ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegenden Arbeit wird die Zukunft des anerkennungsrechtlichen *ordre public*-Vorbehalts im Europäischen Zivilprozessrecht untersucht. Der erste Teil bezieht sich auf die neuesten Entwicklungen in diesem Bereich. Diese Entwicklungen erfassen sowohl das primäre als auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht. Im EGV findet man einen neuen Titel, der auf den Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts abzielt. Dadurch wird auch die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen vergemeinschaftet, unter welche auch die Bereiche des internationalen Zivilprozess- und Kollisionsrechts fallen. Durch den Wiener Aktionsplan und insbesondere durch die Schlussfolgerungen von Tampere wird das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und die Gewährleistung der Freizügigkeit von ausländischen Entscheidungen bekräftigt. Dieses Prinzip gewährleistet im primären Gemeinschaftsrecht die Freizügigkeit von Waren, Arbeitnehmern, Dienstleistungen und Kapital.

Was das sekundäre Gemeinschaftsrecht angeht, bauen die geltenden und künftigen Rechtsvorschriften auf dem Maßnahmenprogramm des Rates zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf, das 2000 erlassen wurde. Die dahinter stehende Grundidee ist die allmähliche Abschaffung des Exequaturs in allen Bereichen des Zivil- und Handelsrechts, die Schaffung eines europäischen Vollstreckungstitels und die Unterstützung dieses Vorhabens durch die Vereinheitlichung mancher Aspekte des nationalen Rechts. Die erste Phase des Maßnahmenprogramms wurde 2004 abgeschlossen. Daraufhin hat der Europäische Rat 2004 ein neues Mehrjahresprogramm angenommen, das so genannte Haager Programm, welches das Maßnahmenprogramm des Rates aus dem Jahr 2000 fortführt.

Erstes Pilotprojekt ist die „Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen“ durch die Verordnung (EG) Nr. 805/2004 (EuVTVO). Der Europäische Vollstreckungstitel wird von den Gerichten des Urteilsmitgliedstaats auf Antrag der siegreichen Partei verliehen. Die Kontrolle im Vollstreckungsmitgliedstaat entfällt. Zentrale Rolle in der Verordnung spielt die Bestimmung des Begriffs „unbestrittene Forderung“. Darunter fallen nicht nur solche Forderungen, welche vom Schuldner ausdrücklich anerkannt werden, sondern auch Fälle, bei welchen sich schlüssig durch das Verhalten des Schuldners ergibt, dass er die Forderung anerkennt. Für diesen zweiten Fall sind Mindestvoraussetzungen vorgesehen, welche sicherstellen, dass der Schuldner tatsächlich die Forderung anerkennen wollte. Die Verordnung an sich enthält viele Schwachstellen und belastet den Schuldner erheblich.

Eine entsprechende Entwicklung findet man im Bereich der elterlichen Verantwortung. Die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 (EuEheVOa),

Münchener Juristische Beiträge

Herausgegeben von

Dr. Thomas Küffner
Dr. Küffner & Partner, Landshut, München

- Band 57: Philia Georganti: **Die Zukunft des ordre public-Vorbehalts im Europäischen Zivilprozessrecht**
2006 · 281 Seiten · ISBN 3-8316-0582-3
- Band 56: Georgios Dionysopoulos: **Werbung mittels elektronischer Post, Cookies und Location Based Services: Der neue Rechtsrahmen** · Eine komparative Betrachtung der elektronischen Werbung in der EU und eine Analyse der Umsetzung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG) am Beispiel Deutschland
2005 · 300 Seiten · ISBN 3-8316-0529-7
- Band 55: Philipp Hamann: **Gemeindegebietsreform in Bayern** · Entwicklungsgeschichte, Bilanz und Perspektiven
2005 · 310 Seiten · ISBN 3-8316-0528-9
- Band 54: Lijun Zhu: **Die Börsenprospekthaltung der börsennotierten Aktiengesellschaft** · Eine vergleichende Untersuchung zum Recht des Kapitalmarktes unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, des US-amerikanischen Rechts und des chinesischen Rechts
2005 · 320 Seiten · ISBN 3-8316-0491-6
- Band 53: Alexander Dietrich: **Mobilfunk-Sendeanlagen und ihre öffentlich-rechtlichen Grundlagen**
2005 · 324 Seiten · ISBN 3-8316-0494-0
- Band 52: Florian Baur: **Gemeinnützigkeitsrecht im Sinne der 6. EG-Richtlinie**
2005 · 152 Seiten · ISBN 3-8316-0480-0
- Band 51: Vasileios Petropoulos: **Die Berücksichtigung des Opferverhaltens beim Betrugstatbestand**
2005 · 250 Seiten · ISBN 3-8316-0473-8
- Band 50: Gudrun Koch: **Persönlichkeitsrechtsschutz bei der postmortalen Organentnahme zu Transplantationszwecken in Deutschland und Frankreich**
2004 · 453 Seiten · ISBN 3-8316-0438-X
- Band 49: Stefanie Mahl: **Der strafrechtliche Absichtsbegriff** · Versuch einer Inhaltsbestimmung mit Hilfe psychologischer Erkenntnisse
2004 · 164 Seiten · ISBN 3-8316-0436-3
- Band 48: Raimund Lange: **Dezentralisierte Produktion** · Räumliche, rechtliche und hierarchische Dezentralisierung und die Reform der Betriebsverfassung von 2001
2004 · 422 Seiten · ISBN 3-8316-0418-5
- Band 47: Martin Schraufel: **Körperschaftsteuersysteme im internationalen Rahmen unter Effizienzkriterien**
2004 · 235 Seiten · ISBN 3-8316-0388-X
- Band 46: Christoph Knapp: **Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften und Directors von Corporations** · Ein vergleichender Beitrag zur Begründung und Konkretisierung der Treuepflicht von Verwaltungsmitgliedern im deutschen und US-amerikanischen Aktienrecht
2004 · 450 Seiten · ISBN 3-8316-0373-1

- Band 45: Gabriele Haas: **Die energiewirtschaftsrechtliche und kartellrechtliche Aufsicht über die Elektrizitätswirtschaft** · am Beispiel der Durchleitungsaufsicht
2003 · 270 Seiten · ISBN 3-8316-0322-7
- Band 44: Tilmann M. Gütt: **Die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik und ihre Bedeutung für die Europäische Union** · Rechtspersönlichkeit und Rechtsnatur der EU
2003 · 270 Seiten · ISBN 3-8316-0286-7
- Band 43: Susanna Thielecke: **Möglichkeiten kollektiver Wahrnehmung des Urheberpersönlichkeitsrechts** · Ansätze zu einer europäischen Lösung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland und Großbritannien
2003 · 400 Seiten · ISBN 3-8316-0284-0
- Band 42: Surasit Sangviroatjanapat: **Einschränkungen des Notwehrrechts im Rahmen ehelicher Beziehungen und anderer enger Lebensgemeinschaften nach dem deutschen und thailändischen Recht** · Eine rechtsvergleichende Untersuchung
2003 · 220 Seiten · ISBN 3-8316-0280-8
- Band 41: Jörg Andreas Hader: **Extremistische Demonstrationen als Herausforderung des Versammlungsrechts**
2003 · 214 Seiten · ISBN 3-8316-0279-4
- Band 40: Evdoxia Fasoula: **Rückfall nach Diversionsentscheidungen im Jugendstrafrecht und im allgemeinen Strafrecht**
2003 · 234 Seiten · ISBN 3-8316-0268-9
- Band 39: Siegfried Haddenbrock: **Schuldig! Schuldfähig?** · Vier Beiträge zur anthropologischen Aspektendifferenzierung von kriminogenem Schicksal und kriminalrechtlicher Tatschuld(fähigkeit)
2003 · 88 Seiten · ISBN 3-8316-0266-2
- Band 38: Tim Schommer: **Die »essential facility«-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht**
2003 · 314 Seiten · ISBN 3-8316-0252-2
- Band 37: Norbert Windeln: **Die Reform des Betriebsverfassungsgesetzes im organisatorischen Bereich**
2003 · 263 Seiten · ISBN 3-8316-0245-X
- Band 36: Thomas Schmitz: **Straßen- und polizeirechtliches Vorgehen gegen Randgruppen (Bettler, Land- und Stadtstreicher)**
2003 · 385 Seiten · ISBN 3-8316-0239-5
- Band 35: Arne Pautsch: **Privatisierung des öffentlichen Bankensektors** · Eine Untersuchung zur Rolle des Staates in der Kreditwirtschaft unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen im nationalen und europäischen Recht
2003 · 260 Seiten · ISBN 3-8316-0229-8

Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · info@utz.de

Gesamtverzeichnis mit mehr als 2500 lieferbaren Titeln: www.utz.de