

# Vertrauen und Kontrolle im europäischen Justizraum für Zivilsachen

Christian Kohler\*

## Inhalt

A. Einheit und Vielfalt im europäischen Justizraum für Zivilsachen	135
B. Gegenseitiges Vertrauen und Simulation von Inlandsverhältnissen: Traum und Wirklichkeit	136
C. Kontrolle im europäischen Justizraum: Grundrechtsschutz und Urteilsfreizügigkeit	142
D. Vertrauen und Kontrolle nach dem EMRK-Gutachten des EuGH	144
E. „Full faith and credit“ in der Europäischen Union?	150

## A. Einheit und Vielfalt im europäischen Justizraum für Zivilsachen

Unerschöpflich ist die Thematik, die sich in Europa an das Begriffspaar Einheit und Vielfalt knüpft. Zwar sind die hochgespannten Pläne, die sich das *E pluribus Unum* der amerikanischen Föderation zum Vorbild nehmen, in den Hintergrund getreten, doch ist die Rückkehr zu einer nationalstaatlichen Vielheit keine ernstlich verfolgte Alternative. Der Gründungsvertrag der Europäischen Union spricht weiter von der „immer engeren Union der Völker Europas“, zugleich aber davon, dass dieselbe Union die „nationale Identität“ der Mitgliedstaaten achtet. Es ist diese Spannung, das Sowohl-als-auch, die das Begriffspaar Einheit und Vielfalt ausdrückt und die der Thematik ihre andauernde und belebende Berechtigung gibt. Das zeigt sich auch in der grenzüberschreitenden Zivilrechtspflege in Europa, die hier im Mittelpunkt steht.

Die europäische Rechtswirklichkeit ist nach wie vor durch eine Mehrzahl von Rechts- und Rechtsschutzsystemen gekennzeichnet, die ungeachtet aller Harmonisierungsfortschritte und Konvergenzen erhebliche Unterschiede aufweisen. Hinzu tritt die Vielfalt der Sprachen und Kulturen und, nicht zuletzt, die geographische Dimension des erweiterten Europas. Die Vorstellung von einem gemeinsamen europäischen *Rechtsraum* ist eine Vision, und auch das Konzept eines einheitlichen *Justizraums* greift weit in die Zukunft. Für die Parteien eines grenzüberschreitenden Rechtsstreits ist es alles andere als gleichgültig, ob sie im Inland oder im Ausland prozessieren müssen. Sprachbarrieren, räumliche Entfernung, Kostenrisiken erschweren trotz vieler Verbesserungen die Prozessführung im Ausland. Hinzu treten

\* Dr. iur., Generaldirektor a.D. am Gerichtshof der Europäischen Union; der Beitrag beruht auf der Abschiedsvorlesung, die der Verfasser am 17.12.2015 als Honorarprofessor am Europa-Institut der Universität des Saarlandes gehalten hat.

Unterschiede im Verfahrensrecht und in der Prozesskultur, ferner Divergenzen zwischen Kollisions- und Sachnormen. Pluralität und Diversität der Rechtsordnungen in Europa setzen so von vornherein der Vorstellung eines einheitlichen Rechtsschutzgebiets gleichsam physische Grenzen. Auf welchen Wegen – und Irrwegen – man sich bemüht, diese Grenzen zu überwinden und die Konstruktion eines europäischen Justizraums voranzutreiben, soll im Folgenden skizziert werden. Getragen wird diese Konstruktion nach dem Willen ihrer Architekten von dem gegenseitigen Vertrauen in die Rechtspflege der Mitgliedstaaten. Die – nicht durchweg geteilte – Überzeugung, dass es sich nicht um ein *blindes* Vertrauen handeln kann, hat dazu geführt, hoheitliche Äußerungen anderer Mitgliedstaaten (nicht nur im Justizbereich) einer gewissen Kontrolle zu unterwerfen, um die Legitimität und Stabilität der Konstruktion zu erhöhen (oder überhaupt erst herzustellen). Art und Umfang dieser Kontrolle sind Gegenstand andauernder Kontroversen zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, aber auch zwischen den Organen der Union selbst. Sie sind Ausdruck der Spannung, die sich aus der Gegenüberstellung von Vertrauen und Kontrolle ergibt und deren Dialektik die Grundspannung zwischen Einheit und Vielfalt widerspiegelt.

## B. Gegenseitiges Vertrauen und Simulation von Inlandsverhältnissen: Traum und Wirklichkeit

1. In den vergangenen 35 Jahren hat sich das internationale Privat- und Verfahrensrecht in der Europäischen Union von einer Randmaterie zu einem zentralen Baustein des Unionsgebäudes entwickelt. Nachdem der Amsterdamer Vertrag die „Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen“ – so die intergouvernementale Terminologie des Maastrichter Vertrags – erstmals „vergemeinschaftet“ hatte,<sup>1</sup> ist es mit dem Vertrag von Lissabon zur endgültigen Emanzipation der Materie gekommen. Die Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen ist nunmehr eine eigene Unionspolitik, die zu dem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ gehört, den die Union ihren Bürgern „bietet“ und der unter den Zielen der Union, die Art. 2 EUV nennt, an prominenter Stelle, noch vor der Errichtung des Binnenmarkts, rangiert. Wie der Binnenmarkt soll auch der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein Raum „ohne Binnengrenzen“ sein, in dem der freie Personenverkehr gewährleistet ist. Aber wie soll das erreicht werden, wenn die Justizhoheit nach wie vor Sache der Mitgliedstaaten ist und nicht weiter reicht als deren Hoheitsgrenzen?

Hier greift das Unionsrecht auf die klassischen Methoden des zwischenstaatlichen Rechtsverkehrs zurück und überwindet die Grenzen über den Weg der *Anerkennung*, mit deren Hilfe die Wirkungen hoheitlicher Äußerungen eines Staates auf andere Staaten erstreckt werden: Nach Art. 81 AEUV „beruht“ die Zusammenarbeit in Zivilsachen (nicht anders ist es in Strafsachen) auf dem „Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung“ gerichtlicher Entscheidungen.<sup>2</sup> Natürlich ist das hierfür eingesetzte

1 Vgl. zu dieser Entwicklung *Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza, ZEuS 2001, S. 575 ff.

2 Art. 81 AEUV bezieht auch außergerichtliche Entscheidungen (wie etwa Schiedssprüche) ein.

Instrumentarium modernisiert und der „Gemeinschaftsmethode“ angepasst worden. Die für die Anerkennung ursprünglich vorgesehenen Übereinkommen des Völkerrechts sind seit dem Amsterdamer Vertrag (wenn auch endgültig erst mit dem Vertrag von Lissabon) auf das Altenteil gesetzt und durch Rechtsakte des Unionsrechts abgelöst worden.<sup>3</sup> Deren Zustandekommen folgt dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, allerdings ist für „Aspekte des Familienrechts mit grenzüberschreitendem Bezug“ in Art. 81 Abs. 3 AEUV ein besonderes Gesetzgebungsverfahren vorgesehen, in dem die intergouvernementale Methode weiterlebt: Hier beschließt der Rat einstimmig nach (bloßer) Anhörung des Europäischen Parlaments.

Hier muss sogleich gesagt werden, dass sich die Zusammenarbeit in Zivilsachen nicht etwa auf Rechtsakte über Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen beschränkt. In den Jahren seit Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags ist vielmehr ein ganzer Kranz von Maßnahmen gebunden worden, der das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten in zentralen Bereichen vereinheitlicht oder wenigstens angleicht.<sup>4</sup> Diese Maßnahmen zielten zugleich darauf, Hindernisse zu beseitigen, die sich der Anerkennung von Entscheidungen entgegen stellten, und erlaubten es, die Voraussetzungen für die Anerkennung immer weiter zu erleichtern.

2. Das unionspolitische Ziel des Justizraums ohne Binnengrenzen soll schon jetzt dadurch erreicht werden, dass für das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten *Inlandsverhältnisse simuliert* werden. Die Gerichte der Mitgliedstaaten werden als Organe eines einheitlichen Rechtspflegegebiets gesehen, die füreinander nicht fremd sind. Gerichtliche Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten sollen so behandelt werden, als seien sie von inländischen Gerichten erlassen worden. Erreicht wird das dadurch, dass Entscheidungen in Zivilsachen, die in einem Mitgliedstaat ergangen sind, in den anderen Mitgliedstaaten „automatisch“ anerkannt werden, also ohne dass es hierfür eines eigenen Verfahrens bedarf. Mit der Anerkennung werden die Wirkungen der Entscheidung auf die übrigen Mitgliedstaaten erstreckt. Dies gilt insbesondere für die Rechtskraft der Entscheidung, die einen erneuten Prozess in einem andern Mitgliedstaat nicht nur unnötig macht, sondern von Rechts wegen ausschließt.<sup>5</sup> Ob auch die Vollstreckungswirkung – die herkömmlicher Weise im jeweiligen Vollstreckungsstaat (durch das „Exequatur“) originär verliehen werden muss – „automatisch“ anerkannt werden

3 Vgl. dazu *Kohler*, Systemwechsel im europäischen Anerkennungsrecht: Von der EuGVVO zur Abschaffung des Exequaturs, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht nach Amsterdam und Nizza, 2002, S. 147 ff.

4 Neben den VOen über die grenzüberschreitende Zustellung, VO (EG) Nr. 1393/2007, ABl. L 324 v. 10.12.2007, S. 79, und Beweisaufnahme, VO (EG) Nr. 1206/2001, ABl. L 174 v. 27.6.2001, S. 1, gehört hierzu die ab 2017 anwendbare VO über die vorläufige Kontenpfändung, VO (EU) Nr. 655/2014, ABl. L 189 v. 27.6.2014, S. 59; daneben sind die Maßnahmen zu erwähnen, mit denen besondere „europäische“ Verfahren für den Binnenmarkt geschaffen wurden, die den Marktbürgern neben den nationalen zivilgerichtlichen Verfahren fakultativ zur Verfügung stehen, so die VO über ein europäisches Mahnverfahren, VO (EG) Nr. 1896/2006, ABl. L 399 v. 20.12.2006, S. 1 (EuMahnVO), und die VO über ein Verfahren über geringfügige Forderungen, VO (EG) Nr. 861/2007, ABl. L 199 v. 31.7.2007, S. 1, die sog. BagatellVO (EuBagVO).

5 Siehe zuletzt dazu sowie zur Herausbildung eines unions-autonomen Rechtskraftbegriffs EuGH, Rs. C-456/11, *Gothaer Versicherungen*, EU:C:2012:719.

soll, sorgte für jahrelange Auseinandersetzungen und ist erst nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags erstmals von den Mitgliedstaaten akzeptiert worden. 1999, auf dem Sondergipfel im finnischen Tampere, wurde von den Staats- und Regierungschefs beschlossen, die „Zwischenverfahren“, die sich der Vollstreckung von Entscheidungen in Zivilsachen entgegenstellen, schrittweise zu beseitigen. Nachdem die „automatische“, exequatur-unabhängige Vollstreckbarkeit zunächst für bestimmte Maßnahmen des Familienrechts sowie für Unterhaltsentscheidungen und eine Reihe weiterer Titel eingeführt wurde,<sup>6</sup> gelang der wirkliche Durchbruch 2012 mit der Revision der Brüssel I-Verordnung, die für den Gesamtbereich der Zivil- und Handelssachen das Exequatur abschaffte. Seit dem Inkrafttreten der revidierten Verordnung<sup>7</sup> wird die Vollstreckbarkeit einer Entscheidung *ipso iure* anerkannt. Ist die Entscheidung im Ursprungsstaat vollstreckbar, so ist sie es auch „in den anderen Mitgliedstaaten [...], ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf“ (Art. 39 Brüssel Ia-Verordnung).

Gegen die automatische Anerkennung (und jetzt auch gegen die automatische Vollstreckbarkeit) besteht zwar Rechtsschutz außerhalb des Ursprungsstaates. Die hierfür zugelassenen Gründe sind allerdings eng begrenzt,<sup>8</sup> gerügt werden kann im Wesentlichen die Verletzung von Verfahrensrechten, insbesondere des rechtlichen Gehörs in Versäumnisverfahren, ferner die Verletzung bestimmter Zuständigkeitsbestimmungen; die Anerkennung ist ferner, auch nach der revidierten Brüssel I-Verordnung, dann zu versagen, wenn sie dem *ordre public* des Anerkennungsstaates „offensichtlich widersprechen würde“.<sup>9</sup>

Noch weiter vorangetrieben ist das Anerkennungsmodell für bestimmte Titel, die ohne Exequatur EU-weit vollstreckbar sind, „ohne dass die Anerkennung angefochten werden kann“<sup>10</sup> und gegen deren Durchsetzung auch der *ordre public*-Vorbehalt nicht eingesetzt werden kann. Dies gilt etwa für bestimmte Entscheidungen über die Rückgabe entführter oder zurückgehaltener Kinder nach der Brüssel IIa-Verordnung, für bestimmte Unterhaltsentscheidungen sowie eine Reihe weitere Titel.

3. Außerhalb dieser eng begrenzten Kontrolle – die noch näher zur Sprache kommen wird und die zudem einen Antrag des Berechtigten voraussetzt – gilt das strikte Verbot der *révision au fond*, welches das gesamte unionsrechtliche (und zuvor das staatsvertragliche) Anerkennungsmodell beherrscht: Eine in einem Mitgliedstaat ergangene Entscheidung darf in anderen Mitgliedstaaten, wie es Art. 52 Brüssel Ia-Verordnung ausdrückt, „keinesfalls in der Sache selbst nachgeprüft werden“. Das Nach-

6 Siehe Art. 41 f. VO (EG) Nr. 2201/2003, ABl. L 367 v. 14.12.2004, S. 1 (Brüssel IIa-VO); Art. 17 VO (EG) Nr. 4/2009, ABl. L 7 v. 10.1.2009, S. 1 (EuUntVO); ferner die VO (EG) Nr. 805/2004, ABl. L 143 v. 30.4.2004, S. 15, über den Europäischen Vollstreckungstitel (EVT-VO) sowie die in Fn. 4 genannten EuMahnVO und EuBagVO.

7 VO (EU) Nr. 1215/2012, ABl. L 351 v. 20.12.2012, S. 1, anwendbar seit dem 10.1.2015, hier künftig als „Brüssel Ia-VO“ zitiert. Aus dem umfangreichen Schrifttum zu dieser VO ragt hervor die kritische Analyse von *Stadler/Klöpfer*, Die Reform der EuGVVO – von Umwegen, Irrwegen und Sackgassen, ZEuP 2015, S. 732 ff.

8 Zu den unionsrechtlichen Rechtsbehelfen treten gemäß Art. 41 der revidierten Brüssel I-VO die Rechtsbehelfe des nationalen Vollstreckungsrechts.

9 Siehe als Beispiel den Katalog der Versagungsgründe in Art. 45 der Brüssel Ia-VO.

10 So die Formulierung in den oben in Fn. 6 genannten Rechtsakten.

prüfungsverbot umfasst die Beurteilung des Rechtsstreits in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und erstreckt sich sowohl auf die Frage, welches Recht anzuwenden war, als auch auf die Rechtsanwendung selbst.

Begründet wird das Nachprüfungsverbot seit dem Brüsseler Übereinkommen von 1968, das den Grundsatz für die Mitgliedstaaten der EWG zuerst formulierte, mit dem „vollen Vertrauen in die Rechtspflege des Urteilsstaats“,<sup>11</sup> und inzwischen findet sich in den Rechtsakten der Zusammenarbeit in Zivilsachen regelmäßig das Bild vom „gegenseitige Vertrauen in die Rechtspflege innerhalb der Union“ als Begründung für die möglichst ungehinderte „Freizügigkeit“ gerichtlicher Entscheidungen in der Union. Auch der EuGH zieht die Vertrauensmetapher regelmäßig heran, um die strikte Durchsetzung des Nachprüfungsverbots zu begründen. Ob die Tauglichkeit dieses Bildes einer näheren Betrachtung standhält, ist allerdings fraglich:<sup>12</sup>

Als subjektive Einstellung, von einem anderem nichts Böses zu erwarten und insbesondere dessen Versprechungen Glauben zu schenken, ist Vertrauen eine Grundvoraussetzung menschlichen Zusammenlebens, die auch das Recht in vielfältiger Weise berücksichtigt. Im zwischenstaatlichen Bereich ist Vertrauen als Grundlage (außen-)politischer Entscheidungen ebenfalls unverzichtbar, bezieht sich aber auch dort vor allem auf das persönliche Verhältnis zwischen den Akteuren. Unspezifisch wird die Verwendung dieses Begriffs, wenn es um Institutionen oder staatliche Strukturen geht. Hier ist zumeist unklar, wer vertraut, wem vertraut wird oder worauf sich das Vertrauen konkret richtet. So wird das „Vertrauen“ auf die positive Entwicklung der Wirtschaft im Staat A oder die Festigung rechtsstaatlicher Verhältnisse im Staat B häufig als Begründung für politische Stellungnahmen und Orientierungen herangezogen, ist aber kaum mehr als Rhetorik, mit der andere Motive verdeckt werden. Für das „Vertrauen“ in die Justiz gilt nichts anderes. Wenn nach den Erhebungen des Allensbacher Instituts für Demoskopie im Jahre 2014<sup>13</sup> 66 % der westdeutschen und 64 % der ostdeutschen Bevölkerung „sehr viel“ oder doch „ziemlich viel“ Vertrauen in die Gerichte haben, so gilt das natürlich nur für *deutsche* Gerichte (wobei zumeist an Strafsachen gedacht wird). In den Europäischen Gerichtshof haben noch 57 % der Befragten Vertrauen;<sup>14</sup> 50 % meinen allerdings, dass der Gerichtshof keine „Urteile sprechen darf, die Fälle in Deutschland betreffen“. Was die „Bevölkerung“ über die Justiz der anderen Mitgliedstaaten (oder gar die Justiz in Drittstaaten) denkt, wurde nicht erfragt; man möchte es auch lieber nicht wissen. Derartige Erhebungen

11 So der zum EuGVÜ 1968 verfasste erläuternde Bericht (Bericht Jenard), ABl. C 59 v. 5.3.1979, S. 46.

12 Siehe zum Folgenden Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010, S. 94 ff.; *Althammer/Löhnig*, *Zwischen Realität und Utopie: Der Vertrauensgrundsatz in der Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Zivilprozessrecht*, ZZPInt 9 (2004), S. 23 ff.; *Kohler*, *Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im europäischen Justizraum*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 124 (2005), S. 283 ff.; *Weller*, *Mutual trust: in search of the future of European Union private international law*, *Journal of Private International Law* 11 (2015), S. 64 ff.

13 Vgl. *Köcher*, *Im Namen des Volkes*, FAZ v. 20.8.2014, S. 8, sowie die Dokumentation „Großes Vertrauen in die deutsche Justiz“, [www.ifd-allensbach.de/uploads/tx\\_reportsdocs/FAZ\\_August\\_Justiz.pdf](http://www.ifd-allensbach.de/uploads/tx_reportsdocs/FAZ_August_Justiz.pdf) (18.3.2016).

14 In das BVerfG vertrauen 79 % der Befragten, in die Europäische Kommission nur 23 %.

über Vertrauen in Institutionen können jedenfalls nicht ernsthaft als Grundlage positivrechtlicher Regelungen über Anerkennung ausländischer Entscheidungen herangezogen werden. Das geschieht auch nicht, vielmehr dient die Berufung auf das Vertrauen in die ausländische Justiz hier als Begründungersatz, um ein *politisch* vorgegebenes oder erwünschtes Ergebnis – die „Freizügigkeit“ gerichtlicher Entscheidungen und die Abschaffung der „Zwischenverfahren“ – zu erreichen.

4. Der Rückgriff auf das gegenseitige Vertrauen in die Rechtspflege erweist sich damit als Leerformel, deren Verwendung vor allem deshalb kritikwürdig ist, weil damit regelmäßig eine *Verkürzung des Rechtsschutzes* zu Lasten einer Partei einhergeht. Dies zeigt die stereotype Verwendung der Vertrauensmetapher in den Verordnungen über Urteilsanerkennung, wo sie dazu dient, die im Einzelnen durchaus unterschiedlichen Varianten des Nachprüfungsverbots jeweils pauschal zu begründen. Warum beispielsweise im Fall der Brüssel Ia-Verordnung das Vertrauen in die Rechtspflege des Urteilsstaates, das angeblich das grundsätzliche Verbot der Nachprüfung der erststaatlichen Zuständigkeit trägt, nicht für Verbrauchersachen ausreichen soll,<sup>15</sup> während in nicht weniger sensiblen Materien wie dem Unterhaltsrecht überhaupt keine Nachprüfung stattfindet,<sup>16</sup> ist ebenso wenig plausibel wie die Beibehaltung des *ordre public*-Vorbehalts in der Brüssel Ia-Verordnung und dessen Beseitigung in dem problematischen Bereich der Kindesrückgabe nach der Brüssel IIa-Verordnung (hier geht es immerhin um die Vollstreckung in Menschen) sowie der fehlerträchtigen Verordnung über den Europäischen Vollstreckungstitel (EVT-Verordnung).<sup>17</sup> Die schwankende Systematik der Verordnungen über Art und Umfang der Nachprüfung der erststaatlichen Entscheidung – von einer „tollpatschigen Legistik“ spricht ein Autor im Blick auf die EVT-Verordnung<sup>18</sup> – kann unmöglich mit dem jeweils pauschalen Rekurs auf das „gegenseitige Vertrauen“ begründet oder gerechtfertigt werden. Bestehen zwischen Ursprungs- und Vollstreckungsstaat Divergenzen hinsichtlich des anwendbaren Rechts und kommt es zur Vollstreckung einer Verurteilung, die im Vollstreckungsstaat nach dem dort anwendbaren Recht nicht hätte ergehen können, ist die Berufung auf das Vertrauen in die Rechtspflege des Ursprungsstaats offensichtlich ohne Sinn und wirkt der unterlegenen Partei gegenüber nachgerade zynisch.

Die stereotype Verwendung der Vertrauensmetapher ist umso kritikwürdiger, als sich für die großzügige Regelung der Anerkennung und insbesondere das Nachprüfungsverbot gute Gründe finden lassen, die bereits die Schaffung des Brüsseler Übereinkommens von 1968 getragen haben. Sie finden sich in einer Note, welche die Kommission der EWG am 22. Oktober 1959 an die Mitgliedstaaten richtete:

15 Gleiches gilt für Versicherungssachen und arbeitsrechtliche Streitigkeiten, siehe Art. 45 Abs. 1 lit. e) i) Brüssel Ia-VO.

16 Siehe Art. 17 EuUntVO.

17 Kritisch Kohler, (Fn. 12), S. 276 ff.; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 1054; unkritisch BGH, Urt. v. 24.4.2014, VII ZB 28/13, WM 2014, 1045 (dazu unten Fn. 52).

18 Adolphsen, Gegenwartsfragen der Anerkennung im Internationalen Zivilverfahrensrecht, in: Hess (Hrsg.), Die Anerkennung im Internationalen Zivilverfahrensrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht, 2014, S. 1, 15.

„Ein echter Binnenmarkt zwischen den sechs Staaten wird erst dann verwirklicht sein, wenn ein ausreichender Rechtsschutz verwirklicht ist. Es wären Störungen und Schwierigkeiten im Wirtschaftsleben der Gemeinschaft zu befürchten, wenn die sich aus den vielfältigen Rechtsbeziehungen ergebenden Ansprüche nicht erforderlichenfalls auf dem Rechtswege festgestellt und durchgesetzt werden könnten. Da die Gerichtshoheit in Zivil- und Handelssachen bei den Mitgliedstaaten liegt und die Wirkungen eines gerichtlichen Aktes jeweils auf ein bestimmtes Staatsgebiet beschränkt bleiben, hängt der Rechtsschutz und damit die Rechtssicherheit im Gemeinsamen Markt wesentlich von der Annahme einer befriedigenden Regelung der Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen durch die Mitgliedstaaten ab.“<sup>19</sup>

Es geht also um die Gewährung ausreichenden und effektiven Rechtsschutzes in binnenmarktverknüpften Situationen, in denen Rechte und Pflichten Einzelner im Streit sind. Die befriedigende Funktion zivilgerichtlicher Entscheidungen, insbesondere die Vermeidung von Doppelprozessen, soll gemeinschaftsweit gesichert sein. Soweit die gerichtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegen einen Beklagten mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat erfolgt und/oder in Rechtsgütereingriffe mündet, die in einem anderen Mitgliedstaat zu vollstrecken sind, ist allerdings den Besonderheiten der grenzüberschreitenden Verknüpfung Rechnung zu tragen. Hierbei kommt dem Rechtsschutz des auswärtigen Beklagten besonderes Gewicht zu.<sup>20</sup> Voraussetzungen und Grenzen der Urteilsanerkennung sind unter Beachtung dieser Ziele zu entwickeln und müssen sich an diesen Zielen messen lassen. Das „gegenseitige Vertrauen“ in die Rechtspflege bedeutet hierbei lediglich, dass alle Mitgliedstaaten in grundsätzlich gleicher Weise geeignet sind, diesen Rechtsschutz zu gewähren, und erweist sich damit als Synonym für die *Gleichheit der Mitgliedstaaten*.<sup>21</sup> Diese Gleichheit kann aber nicht durch die Simulation von Inlandsverhältnissen gespiegelt werden, vielmehr sind die Ungleichheiten zu berücksichtigen, die sich aus der Pluralität und Diversität der mitgliedstaatlichen Rechte ergeben. Dies führt zu Art und Umfang der im europäischen Justizraum erforderlichen oder wünschbaren Kontrolle.

19 Zitiert im Bericht Jenard, (Fn. 11), S. 3.

20 Siehe Erwägungsgrund 29 der Brüssel Ia-VO: „Die unmittelbare Vollstreckung ohne Vollstreckbarerklärung einer in einem anderen Mitgliedstaat ergangenen Entscheidung [...] sollte nicht die Achtung der Verteidigungsrechte beeinträchtigen.“

21 Vgl. Hess, (Fn. 12), S. 96: „Der Grundsatz des wechselseitigen Vertrauens will [...] nicht auf die Einhaltung von prozessualen und rechtsstaatlichen Mindeststandards verzichten. Er geht jedoch davon aus, dass deren Einhaltung das Prozessgericht garantiert und dass *alle Zivilgerichte im Europäischen Justizraum* in der Lage sind, diese Grundsätze einzuhalten“ (Hervorhebung hinzugefügt). Dass nicht alle Mitgliedstaaten gleich sind und insbesondere die Korruption in der Justiz in einzelnen Staaten – siehe Schack, (Fn. 17), Rn. 123 m.w.N. – der Anwendung des Vertrauensdogmas entgegensteht, hat anlässlich des Beitritts neuer Mitgliedstaaten zur Aufnahme von Schutzklauseln geführt, auf deren Grundlage die Anerkennung von Entscheidungen ausgesetzt werden kann, siehe Art. 39 der Beitrittsakte 2003, Art. 38 der Beitrittsakte 2005; dazu Jayme/Kohler, Europäisches Kollisionsrecht 2006, IPRax 2006, S. 541; zur Anwendung dieser Klauseln ist es allerdings aus politischen Gründen nie gekommen.



### C. Kontrolle im europäischen Justizraum: Grundrechtsschutz und Urteilsfreizügigkeit

1. In einem einheitlich gedachten, aber aus mehreren Staaten mit eigener Gerichtshoheit gebildeten Justizraum ist die Kontrolle gerichtlicher Entscheidungen in erster Linie Sache des Urteilsstaates. Dessen Rechtsmittelgerichte können die Entscheidung von Tat- und Rechtsfragen durch die Instanzgerichte am besten überprüfen, und zwar abschließend. Eine zusätzliche Nachprüfung durch die Gerichte eines anderen Mitgliedstaates könnte nur um den Preis einer zumindest partiellen Wiederholung des Prozesses erfolgen. Dass dieser Preis für den Binnenmarkt zu hoch wäre und der Zielsetzung der einheitlichen Regelung zuwider laufen würde, liegt auf der Hand. Das in allen Verordnungen zur Urteilsanerkennung enthaltene Verbot der *révision au fond* ist damit nicht nur ein Gebot der praktischen Vernunft, sondern auch eine Forderung des Binnenmarkts. Die Wirkungen eines solchen Verbots im Recht des Anerkennungsstaates können allerdings erheblich sein, soweit es sich auch auf das anwendbare Recht erstreckt. Hat das Ursprungsgericht den Rechtsstreit nach einem Recht entschieden, das aus der Sicht des Anerkennungsstaates nicht anwendbar gewesen wäre, so bewirkt die dennoch erfolgende Anerkennung, dass die Kollisionsnormen des Anerkennungsstaates verdrängt und durch die des Ursprungsstaates ersetzt werden und der Anerkennungsstaat verpflichtet wird, in seinem Hoheitsgebiet eine Entscheidung zu vollstrecken, die seine Gerichte so nicht hätten treffen können. Der Verzicht auf die kollisionsrechtliche Nachprüfung kann also zu einer partiellen Umgestaltung der Rechtsordnung des Anerkennungsstaates führen. Dem wird im europäischen Justizraum durch eine schrittweise Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts entgegen gewirkt: Art. 81 Abs. 2 AEUV gibt eine ausdrückliche Kompetenz, um die „Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen“ sicherzustellen.<sup>22</sup> Auf diesem Weg ist man zwar, insbesondere mit der Schaffung der Rom-Verordnungen, schon deutlich vorangekommen,<sup>23</sup> doch bleibt noch viel zu tun.<sup>24</sup> Das Verbot der kollisionsrechtlichen Nachprüfung gilt aber unabhängig davon, ob bereits einheitliche Kollisionsnormen bestehen (und diese auch im Verhältnis zwischen Ursprungs- und Anerkennungsstaat gelten). Für den heiklen Bereich der Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen wird dies in der Brüssel IIa-Verordnung ausdrücklich, wenn auch ungeschickt, gesagt: Unter der Überschrift „Unterschiede beim anzuwendenden Recht“ bestimmt Art. 25 der Verordnung, dass die Anerken-

22 Vgl. Kohler, Der europäische Justizraum für Zivilsachen und das Gemeinschaftskollisionsrecht, IPRax 2003, S. 401 ff.

23 VO (EG) Nr. 864/2007, ABl. L 199 v. 31.7.2007, S. 40 (außervertragliche Schuldverhältnisse – Rom II); VO (EG) Nr. 593/2008, ABl. L 177 v. 4.7.2008, S. 6 (vertragliche Schuldverhältnisse – Rom I); VO (EU) Nr. 1259/2010, ABl. L 343 v. 29.12.2010, S. 10 (Ehescheidung – Rom III); VO (EU) Nr. 650/2012, ABl. L 201 v. 27.7.2012, S. 107 (Rechtsnachfolge von Todes wegen – ErbVO). Siehe ferner für Unterhaltspflichten das Haager Protokoll v. 23.11.2007.

24 Die VO zum Güterrecht der Ehe und der eingetragenen Partnerschaften kommen seit Jahren nicht voran, siehe zum Stand der Vorhaben zuletzt Kohler/Pintens, Entwicklungen im europäischen Personen- und Familienrecht 2014-2015, FamRZ 2015, S. 1537.



nung einer Entscheidung nicht deshalb abgelehnt werden darf, weil nach dem Recht des Anerkennungsstaates eine Ehescheidung „unter Zugrundelegung desselben Sachverhalts nicht zulässig wäre“. Nicht nur die theoretische, auch die praktische Bedeutung der Bestimmung ist erheblich: Die Rom III-Verordnung mit ihren einheitlichen Kollisionsnormen für die Ehescheidung gilt nur für 16 der 28 Mitgliedstaaten, die übrigen Mitgliedstaaten wenden nach wie vor ihre eigenen, häufig divergierenden Kollisionsnormen an.

2. Der Verzicht auf die *révision au fond* bedeutet nun nicht, dass Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten in keiner Hinsicht mehr zu überprüfen wären. Die Nachprüfung sollte sich aber auf Elemente beschränken, die sich aus den grenzüberschreitenden Bezügen des Rechtsstreits ergeben und die von den Gerichten des Urteilsstaats nicht oder jedenfalls nicht befriedigend überprüft werden können. Hierzu gehört vor allem die Frage, ob das Verfahren vor dem Ursprungsgericht den Grundsätzen des *due process* genüge und insbesondere die Verteidigungsrechte des in einem anderen Mitgliedstaat (oder auch in einem Drittstaat) wohnhaften Beklagten gewahrt wurden. An dieser Leitlinie orientieren sich auch die europäischen Verordnungen über die Anerkennung. Hier wird die Simulation von Inlandsverhältnissen von der Wirklichkeit der grenzüberschreitenden Rechtsverfolgung eingeholt. Allerdings wird dies in den Verordnungen regelmäßig auf die Frage verkürzt, ob dem auswärtigen Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das verfahrenseinleitende Schriftstück „rechtzeitig und in einer Weise zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte“. <sup>25</sup> Die Forderungen des *due process* gehen aber darüber hinaus, und es besteht heute Einigkeit darüber, dass eine Verletzung grundlegender Verfahrensrechte der Anerkennung einer Entscheidung entgegensteht. Gestützt auf Art. 6 EMRK und Art. 47 der Grundrechtecharta haben der EuGH und, vor allem, der EGMR hierzu eine Rechtsprechung entwickelt, die den Grundrechtscharakter der Verfahrensrechte dezidiert zur Geltung bringt. Werden diese Rechte im Urteilsstaat verletzt, kann eine daraufhin ergangene Entscheidung in einem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich nicht anerkannt und vollstreckt werden. Ob die Durchsetzung der Grundrechte dadurch erfolgt, dass man diese als höherrangige Normen unmittelbar anwendet oder über die Vorbehaltsklausel des *ordre public* zur Geltung bringt, ist dabei zweitrangig.

Dies führt zu der Frage, welche Rolle der *ordre public* in einem gemeinsamen und auf Konvergenz angelegten Justizraum überhaupt noch haben kann. Die Schlachten, die über diese Frage im letzten Jahrzehnt geschlagen wurden, sollen hier nicht nachgezeichnet werden. Nachdem die wiederholten Vorstöße der Kommission, mit der Abschaffung des Exequaturs im Zuge der Revision der Brüssel I-Verordnung auch den *ordre public*-Vorbehalt als nationalstaatliches Relikt abzuschaffen, am Widerstand der Mitgliedstaaten und des Europäischen Parlaments gescheitert sind, ist die Fortgeltung der allgemeinen Vorbehaltsklausel erst einmal gesichert. <sup>26</sup> Unbestritten ist, dass sie nur in Ausnahmefällen zum Einsatz kommen soll, um die Anerkennung oder

25 Siehe als Beispiel Art. 45 Abs. 1 lit. b) Brüssel Ia-VO.

26 Zur *ordre public*-Klausel in der Brüssel Ia-VO vgl. Stadler/Klöpfer, (Fn. 7), S. 760 f. Auch die jüngste Generation der Verordnungen zur justiziellen Zusammenarbeit enthält eine *ordre public*-Klausel, so die VO (EU) Nr. 655/2014 über die vorläufige Kontenpfändung.

Vollstreckung einer mitgliedstaatlichen Entscheidung abzuwehren. Der EuGH hat, erstmals im Urteil *Krombach*,<sup>27</sup> die Anwendungsvoraussetzungen der Vorbehaltsklausel im europäischen Justizraum präzisiert. Die Anwendung der *ordre public*-Klausel kommt danach nur dann in Betracht,

„wenn die Anerkennung [...] gegen einen wesentlichen Rechtsgrundsatz verstieße und deshalb in einem nicht hinnehmbaren Gegensatz zur Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats stünde. Bei diesem Verstoß muss es sich um eine offensichtliche Verletzung einer in der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats als wesentlich geltenden Rechtsnorm oder eines dort als grundlegend anerkannten Rechts handeln [...]“<sup>28</sup>

Die Fälle, in denen in den vergangenen zwanzig Jahren die Vorbehaltsklausel tatsächlich zur Abwehr mitgliedstaatlicher Entscheidungen eingesetzt wurde, betreffen zu meist die Verletzung von grundrechtlich verbürgten Verfahrensrechten des Beklagten. Das Potential des *ordre public*-Vorbehalts geht aber darüber hinaus. Wie der EuGH in anderen Zusammenhängen anerkannt hat – so im Urteil *Omega*<sup>29</sup> zu den Grenzen der Dienstleistungsfreiheit und im Urteil *Sayn-Wittgenstein*<sup>30</sup> zur Bedeutung des Namens für die Personenfreizügigkeit – kann der nationale *ordre public* der Ausübung einer Grundfreiheit Grenzen setzen, um grundlegende Wertentscheidungen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung zu schützen. Diese Fälle sind zwar statistisch unbedeutend, aber von hoher symbolischer Bedeutung, weil sie die Grenzen des europäischen Justizraums (und der Simulation von Inlandsverhältnissen) bezeichnen und Ausdruck der Identität der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sind, die zu achten sich die Union in Art. 4 Abs. 2 EUV verpflichtet hat.<sup>31</sup>

#### D. Vertrauen und Kontrolle nach dem EMRK-Gutachten des EuGH

1. Das relative Gleichgewicht zwischen der Konstruktion eines einheitlichen Justizraums und der Achtung der nationalen Rechtsordnungen, das durch die Zulassung einer begrenzten Kontrolle mitgliedstaatlicher Entscheidungen bewirkt wird, ist allerdings in jüngster Zeit durch das Gutachten des EuGH über den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK in Frage gestellt worden.<sup>32</sup> Der Gerichtshof verwirft dort

27 EuGH, Rs. C-7/98, *Krombach*, EU:C:2000:164.

28 Zuletzt im Urteil EuGH, Rs. C-681/13, *Diageo Brands*, EU:C:2015:471, Rn. 44.

29 EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*, EU:C:2004:614.

30 EuGH, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, EU:C:2010:806.

31 Was zu ihrer nationalen Identität gehört, bestimmen die Mitgliedstaaten grundsätzlich selbst; andererseits sind sie bei dieser Bestimmung nicht völlig frei, sondern haben einen Rahmen zu respektieren, der – wie im Falle der *ordre public*-Klausel des Sekundärrechts – vom Unionsrecht vorgegeben und vom EuGH zu präzisieren ist, vgl. hierzu das Urteil EuGH, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, EU:C:2010:806. Zur „Identitätskontrolle“ durch das deutsche BVerfG siehe unten Fn. 53.

32 EuGH, Gutachten 2/13, *Beitritt EMRK*, EU:C:2014:2454; das Verfahren war von der Kommission beantragt worden; diese, sowie die übrigen Verfahrensbeteiligten, darunter 24 Mitgliedstaaten, ferner das Europäische Parlament und der Rat, hatten sich für die Vereinbarkeit der geplanten Übereinkunft mit dem Unionsrecht ausgesprochen, ebenso im Grundsatz die GAin *Kokott* in ihrer Stellungnahme.

bekanntlich das geplante Beitrittsabkommen als unvereinbar mit dem EUV, weil es geeignet sei, die besonderen Merkmale und die Autonomie des Unionsrechts zu beeinträchtigen. Die hierfür vom EuGH angeführten Gründe sind vor allem prozeduraler und institutioneller Natur und betreffen insbesondere das Verhältnis des EuGH zum EGMR, das wegen des Nebeneinanders von EMRK, Europäischer Grundrechtecharta und dem in Art. 6 Abs. 3 EUV vorgesehenen Grundrechtsschutz<sup>33</sup> ungewöhnlich komplex ist. Es geht dem EuGH ersichtlich darum, in Fragen des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten das letzte Wort zu behalten und die Befassung des EGMR in diesem Zusammenhang nach Möglichkeit auszuschließen. Um dies auf der Grundlage des geltenden Rechts zu erreichen, greift der EuGH unter anderem auf den „Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten“ zurück, der im Unionsrecht „fundamentale Bedeutung“ habe und aus dem weitgehende Beschränkungen bei der Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen im Hinblick auf Grundrechtsverstöße folgten. Der Grundsatz verlange „namentlich in Bezug auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ von jedem Mitgliedstaat, dass dieser, „abgesehen von außergewöhnlichen Umständen“, davon ausgehe, „dass alle anderen Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die dort anerkannten Grundrechte beachten“.<sup>34</sup> Die Mitgliedstaaten könnten somit verpflichtet sein, so der EuGH, die Beachtung der Grundrechte durch die übrigen Mitgliedstaaten zu unterstellen, so dass sie – „von Ausnahmefällen abgesehen“ – insbesondere nicht prüfen könnten, ob ein anderer Mitgliedstaat „in einem konkreten Fall die durch die Union gewährleisteten Grundrechte tatsächlich beachtet hat“.<sup>35</sup> Ausgeschlossen sei ferner auch eine Überprüfung anhand der EMRK, da für die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf die unionsrechtlich geregelten Bereiche das Unionsrecht gelte, „unter Ausschluss, sofern es dieses Erfordernis aufstellt, jedes anderen Rechts“.<sup>36</sup> Dieses Nachprüfungsverbot würde nach dem Beitrittsabkommen nicht mehr aufrecht erhalten werden können. In Art. 1 Abs. 4 Satz 1 des geplanten Abkommens heißt es, dass für die Zwecke der EMRK eine Handlung, Maßnahme oder Unterlassung eines Mitgliedstaats diesem Staat zugerechnet werden, auch wenn es zu diesem Verhalten bei der Durchführung des Unionsrechts kommt; die mögliche Haftung der Union als Mitbeschwerdegegnerin bleibt hiervon unberührt. Hierzu sagt das Gutachten:

„Da die EMRK, indem sie vorschreibt, dass die Union und die Mitgliedstaaten nicht nur in ihren Beziehungen zu den Vertragsparteien, die nicht Mitgliedstaaten der Union sind, sondern auch in ihren gegenseitigen Beziehungen – selbst wenn für diese Beziehungen das Unionsrecht gilt – als Vertragsparteien anzusehen sind, von einem Mitgliedstaat ver-

33 Nach dieser Bestimmung sind die Grundrechte, „wie sie in der [EMRK] gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, [...] als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts“. Vgl. *Masing*, Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes, JZ 2015, S. 477 ff., insbesondere S. 483 f.: „Dreifach vertikale Schichtung im Bereich des konkurrierenden Grundrechtsschutzes.“

34 EuGH, Gutachten 2/13, *Beitritt EMRK*, EU:C:2014:2454, Rn. 191.

35 *Ibid.*, Rn. 192.

36 *Ibid.*, Rn. 193.

langen würde, die Beachtung der Grundrechte durch einen anderen Mitgliedstaat zu prüfen, obwohl das Unionsrecht diese Mitgliedstaaten zu gegenseitigem Vertrauen verpflichtet, ist der Beitritt geeignet, das Gleichgewicht, auf dem die Union beruht, sowie die Autonomie des Unionsrechts zu beeinträchtigen.<sup>37</sup>

Um den Vertrauensgrundsatz als Strukturprinzip des Unionsrechts mit Verfassungsrang zu erweisen, greift der Gerichtshof auf die „grundlegende Prämisse“ zurück,

„dass jeder Mitgliedstaat mit allen anderen Mitgliedstaaten eine Reihe gemeinsamer Werte teilt – und anerkennt, dass sie sie mit ihm teilen –, auf die sich, wie es in Art. 2 EUV heißt, die Union gründet. Diese Prämisse impliziert und rechtfertigt die Existenz gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten bei der Anerkennung dieser Werte *und damit* bei der Beachtung des Unionsrechts, mit dem sie umgesetzt werden.“<sup>38</sup>

Mit der Verwendung der Konjunktion „und damit“ wird ein logischer Zusammenhang suggeriert, der in Wirklichkeit nicht besteht. Der Vertrauensgrundsatz wird vielmehr zum Dogma erhoben – *Frank Schorkopf* spricht von der „normativen Fiktion“ der Bezugnahme auf Art. 2 EUV<sup>39</sup> –, das der Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen entgegenstehen soll. Die Frage, ob die in dem Nachprüfungsverbot liegende Verkürzung des Individualrechtsschutzes legitim ist, wird dadurch umgangen.

Man begegnet hier einem weiteren Beispiel der Verwendung der Vertrauensmetapher als Leerformel, um ein politisch gewolltes Ziel zu erreichen. Der Gerichtshof möchte die Union als einheitlichen Grundrechtsraum verstehen, in dem allein das Unionsrecht gilt („unter Ausschluss [...] jedes anderen Rechts“). Da dies *de lege lata* mit der EMRK nicht vereinbar ist – deren Bezugsgebiet ist das jeweilige Hoheitsgebiet der einzelnen Mitgliedstaaten als Vertragsparteien –, wäre hierfür eine Änderung der Konvention erforderlich, die in dem geplanten Beitrittsübereinkommen aber nicht vorgesehen war.

2. Dass sich im Recht der Urteilsanerkennung bereits vor dem Gutachten 2/13 ein vollständiges Nachprüfungsverbot für bestimmte Kategorien von Entscheidungen ergab, ist oben erörtert worden.<sup>40</sup> Hierzu gehören unter anderem Entscheidungen über das Umgangsrecht und über die Rückgabe entführter Kinder, die gemäß Art. 41 und 42 der Brüssel IIa-Verordnung ohne Exequatur vollstreckbar sind und deren Anerkennung nicht angefochten werden kann. Die strikte Beachtung des Nachprüfungsverbots ist im Falle der Kindesrückgabe auch mehrfach vom EuGH eingefordert worden und hat unter dem Gesichtspunkt des Grund- und Menschenrechtsschutzes zu Bedenken Anlass gegeben.<sup>41</sup> Der EGMR hat diese Rechtsprechung in der Sache *Povse* zwar grundsätzlich gebilligt und seine eigene Prüfungsbefugnis in An-

37 Ibid., Rn. 194.

38 Ibid., Rn. 168 (Hervorhebung hinzugefügt).

39 Anmerkung zu EuGH 18.12.2014, Gutachten 2/13, JZ 2015, S. 781 f.

40 Siehe Fn. 10.

41 Siehe insbesondere EuGH, Rs. C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, EU:C:2010:828, sowie dazu die Anm. *Schulz*, FamRZ 2011, S. 355; ferner EuGH, Rs. C-211/10 PPU, *Povse*, EU:C:2010:400, sowie dazu die Anm. *Schulz*, FamRZ 2010, S. 1307. Vgl. zu dieser Rechtsprechung *Kohler/Pintens*, Entwicklungen im europäischen Personen- und Familienrecht 2010-2011, FamRZ 2011, S. 1440.

wendung der sogenannten „Bosphorus“-Vermutung zurückgenommen,<sup>42</sup> sich aber in Fällen schwerer Verletzungen von Konventionsrechten ein Eingreifen vorbehalten.<sup>43</sup> Durch die Aufwertung des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens im Gutachten 2/13 sichert der EuGH das Nachprüfungsverbot jetzt zusätzlich ab und will es auch bei einem Beitritt der EU zur EMRK weiter durchsetzen. Die Frage, ob dieses Verbot *ausnahmslos* gilt oder doch an Grenzen stößt – wie sie typischerweise vom *ordre public* des Anerkennungsstaates gezogen werden –, stellt sich deshalb mit Dringlichkeit.

Zu den Auswirkungen des Nachprüfungsverbots auf die Vorbehaltsklauseln des Sekundärrechts äußert sich das Gutachten nicht. Die *ordre public*-Klauseln der Unionsverordnungen, namentlich der Brüssel I- und der Brüssel IIa-Verordnung, werden jedenfalls als solche nicht in Frage gestellt. Diese Klauseln können, soweit es um die Abwehr von Entscheidungen geht, die auf Grundrechtsverletzungen im Urteilsstaat beruhen und deren Anerkennung deshalb als untragbar angesehen wird, als gesetzgeberischer Ausdruck der „außergewöhnlichen Umstände“ bzw. der „Ausnahmefälle“ angesehen werden, von denen das Gutachten 2/13 in den Randnummern 191 und 192 spricht. Dies kann insbesondere aus der Bezugnahme auf das die Dublin II-Verordnung betreffende Urteil *N.S. u.a.* vom 21. Dezember 2011<sup>44</sup> geschlossen werden. Dort hat der EuGH entschieden, dass die aus dem Vertrauensgrundsatz folgende Vermutung des Unionsrechts, dass die Mitgliedstaaten die Grundrechte – *in casu* der Asylbewerber – beachten, nicht unwiderleglich ist, dass vielmehr im Falle „systemischer Mängel“ des Asylverfahrens in einem Mitgliedstaat, die Grundrechtsverletzungen befürchten lassen, die Vermutung als widerlegt anzusehen und der Asylbewerber entgegen dem Unionsrecht nicht in diesen Mitgliedstaat zu überstellen ist.<sup>45</sup> Für das Recht der Urteilsanerkennung bedeutet dies, dass eine Durchbrechung des Nachprüfungsverbots dort in Betracht kommt, wo Grundrechte oder andere wesentliche Grundsätze des Unionsrechts betroffen sind, die als integraler Teil des mitgliedstaatlichen *ordre public* angesehen werden.<sup>46</sup>

Der EuGH hat dies in einer nach dem Gutachten 2/13 ergangenen Entscheidung für die *ordre public*-Klausel des Art. 34 Nr. 1 der Brüssel I-Verordnung bestätigt. In dem Urteil vom 16. Juli 2015 in der Sache *Diageo Brands*,<sup>47</sup> in dem auf das Gutachten 2/13 Bezug genommen wird, heißt es, dass Art. 34 Nr. 1 EuGVVO herangezogen werden kann, wenn ein im Urteilsstaat begangener Rechtsfehler bedeuten würde,

42 EGMR, Nr. 3890/11, *Povse v. Austria*, FamRZ 2013, 1793.

43 Siehe zu diesem vom EGMR in der Entscheidung Nr. 45036/98, *Bosphorus*, ECHR 2005-VI, formulierten Vorbehalt die in der vorigen Fußnote genannte Entscheidung – EGMR, Nr. 3890/11, *Povse v. Austria*, Rn. 84 ff.

44 EuGH, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, *N.S. u.a.*, EU:C:2011:865.

45 *Ibid.*, Rn. 105 f.

46 Die Abwehr von Entscheidungen, deren Anerkennung den mitgliedstaatlichen *ordre public* des Zweitstaates aus anderen Gründen verletzen würde, wird in dem Gutachten nicht berührt.

47 EuGH, Rs. C-681/13, *Diageo Brands*, EU:C:2015:471.

„dass die Anerkennung der betreffenden Entscheidung im Vollstreckungsstaat die offensichtliche Verletzung einer in der Unionsrechtsordnung und somit in der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats als wesentlich geltenden Rechtsnorm zur Folge haben würde“.<sup>48</sup>

Diese Voraussetzung für die Anwendung der Vorbehaltsklausel bringt insoweit nichts Neues, als deren Ausnahmecharakter schon bisher in der Rechtsprechung zu den europäischen Verordnungen regelmäßig betont und deshalb verlangt wurde, dass Art und Schwere der Rechtsverletzung die Anerkennung im Zweistaat als untragbar erscheinen lassen muss.<sup>49</sup> Neu ist hingegen, jedenfalls in dieser Deutlichkeit, dass der EuGH im Urteil *Diageo Brands* die grundsätzliche Verpflichtung der betroffenen Partei betont, im Urteilsstaat

„von allen gegebenen Rechtsbehelfen Gebrauch [zu machen], um im Vorhinein zu verhindern, dass es zu einem Verstoß gegen die öffentliche Ordnung kommt“.<sup>50</sup>

Das Erfordernis der Erschöpfung des Rechtswegs – das unter dem Vorbehalt steht, „dass keine besonderen Umstände vorliegen, die das Einlegen der Rechtsbehelfe im Ursprungsmitgliedstaat zu sehr erschweren oder unmöglich machen“ – wird die Anwendung der Vorbehaltsklausel in der Praxis noch weiter marginalisieren. Die Verschärfung der Anwendungsvoraussetzungen – die künftig auch für die *ordre public*-Klausel der Brüssel IIa-Verordnung und analoger Klauseln in anderen Verordnungen gelten dürfte – kann als indirekte Folge des im Gutachten 2/13 formulierten Nachprüfungsverbots gesehen werden, sie entspricht aber durchaus der vom EuGH schon bisher beachteten Linie der restriktiven Auslegung der Vorbehaltsklausel.

3. Die Grenzen des Nachprüfungsverbots werden aber nicht allein durch die Vorbehaltsklauseln gezogen – die Dublin II-Verordnung enthielt keine *ordre public*-Klausel –, das Unionsrecht enthält auch ungeschriebene Grenzen. Nimmt man den EuGH beim Wort, so kann die Vermutung, dass die Grundrechte im Urteilsstaat beachtet wurden, im Falle „systemischer Mängel“ bei der Gewährung von Rechtsschutz, die zur Verletzung von Grundrechten führt oder führen kann, widerlegt und die Anerkennung auch dann versagt werden, wenn die betreffende Verordnung keine *ordre public*-Klausel enthält. Was in diesem Zusammenhang unter „systemischen Mängeln“ zu verstehen ist, lässt sich nicht abschließend bestimmen. Die Einführung dieses Begriffs in die Rechtsprechung war erforderlich, weil in der Rechtssache *N.S.*<sup>51</sup> eine tatsächliche Verletzung von Grundrechten der Antragsteller nicht vorlag, sondern im Falle der Überstellung nach Griechenland lediglich zu befürchten war. Damit dies eine

48 Ibid., Rn. 50. Dies verneint der EuGH für den Fall der fehlerhaften Anwendung von Art. 5 Abs. 3 der Markenrichtlinie 89/104/EWG. In demselben Sinn hatte sich GA *Szpunar* in seinen Schlussanträgen geäußert.

49 Die in früheren Urteilen zum Begründungserfordernis für gerichtliche Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* enthaltenen Äußerungen – zuletzt EuGH, Rs. C-619/10, *Trade Agency*, EU:C:2012:531, Rn. 53 – müssen im Lichte des Gutachtens jedenfalls nicht neu bewertet werden. Siehe aber zur Erschöpfung des Rechtswegs im Urteilsstaat sogleich im Text.

50 EuGH, Rs. C-681/13, *Diageo Brands*, EU:C:2015:471, Rn. 68; vgl. dazu auch die Schlussanträge GA *Szpunar*, Rn. 64.

51 Vgl. Fn. 44.

Aussetzung der Verpflichtung aus der Dublin II-Verordnung rechtfertigen konnte, musste allerdings eine Verletzung von Grundrechten nach den Umständen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein. Das konnte wegen der desolaten Lage in Griechenland bejaht werden. Der Begriff der „systemischen Mängel“ beschreibt damit eine Situation, in der infolge struktureller Mängel oder institutionellen Versagens in einem Mitgliedstaat Grundrechtsverletzungen mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten werden. Welcher Art diese Mängel oder dieses Versagen sein müssen, ist für jede Verpflichtung, um deren Aussetzung es geht, gesondert zu bestimmen. So könnte beispielsweise im Falle der Brüssel IIa-Verordnung die Vollstreckung einer Entscheidung über die Rückgabe des Kindes oder über die Durchsetzung des Umgangsrechts verweigert werden, wenn hierdurch wegen der rechtlichen oder tatsächlichen Gegebenheiten in dem fraglichen Mitgliedstaat Rechte des Kindes gefährdet sind, aber auch, wenn strukturelle Mängel im Verfahren des Ursprungsstaates der Entscheidung – beispielsweise bei der Anhörung des Kindes oder der Berücksichtigung des Kindeswillens – festgestellt würden. Im Ergebnis trägt das Gutachten 2/13 in diesen Fällen, indem es die Grenzen des Nachprüfungsverbots primärrechtlich verankert, zu einem verstärkten Grundrechtsschutz bei, den das Sekundärrecht so nicht ermöglicht.<sup>52</sup>

4. Entgegen dem ersten Eindruck sind die Auswirkungen des Gutachtens 2/13 auf die Urteilsanerkennung also begrenzt, es kann sogar zu einem gegenüber der bisherigen Lage verstärkten Rechtsschutz des Einzelnen kommen. Allerdings soll in der Vorstellung des EuGH die Durchsetzung der Grundrechte allein nach Maßgabe des Unionsrechts, insbesondere der Europäischen Grundrechtecharta erfolgen.<sup>53</sup> Im Verhältnis zur EMRK und deren Gerichtshof rechnet der EuGH offenbar mit der Weiteranwendung der bereits erwähnten „Bosphorus“-Vermutung, wonach der Straßburger Gerichtshof den Grundrechtsschutz innerhalb der EU als gleichwertig mit dem Schutz durch die EMRK ansieht und deshalb eine Verletzung von Konventionsrechten durch einen Vertragsstaat dann für gerechtfertigt hält, wenn dieser hierzu

52 Die Feststellung des BGH, Beschl. v. 24.4.2014, VII ZB 28/13, dass die Abschaffung des *ordre public*-Vorbehalts in der EVT-VO nicht gegen höherrangiges Recht verstößt, greift im Lichte des Gutachtens 2/13 und der dort genannten Rechtsprechung zu kurz.

53 Diesem Anspruch hat sich das deutsche BVerfG wiederholt im Rahmen der sog. Identitätskontrolle entgegengestellt, siehe zuletzt BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14. Danach kann sich der Grundrechtsschutz durch das BVerfG auch auf unionsrechtlich determinierte Hoheitsakte erstrecken, wenn dies zur Wahrung der durch Art. 79 Abs. 3 GG verbürgten Verfassungsidentität unabdingbar geboten ist. Die Auslieferung eines US-Bürgers nach Italien in Vollzug eines Europäischen Haftbefehls mit dem Ziel der Vollstreckung einer in Abwesenheit des Angeklagten ergangenen strafgerichtlichen Verurteilung wird mit Blick auf den in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 GG wurzelnden Schuldgrundsatz aufgehoben, weil das Vorbringen des Beschwerdeführers, dass in Italien keine erneute Beweisaufnahme in seiner Anwesenheit ermöglicht werde, weitere Ermittlungen erfordere. Das BVerfG sieht zwar, dass diesem Einwand die Rechtsprechung des EuGH entgegensteht – EuGH, Rs. C-399/11, *Melloni*, EU:C:2013:107 –, hält aber dennoch die von ihm entwickelte Ausnahmeregelung mit dem Unionsrecht für vereinbar (Rn. 82 ff.) und jedenfalls nach deutschem Verfassungsrecht für geboten; einer Vorlage an den EuGH bedürfe es nach den Grundsätzen des *acte clair* nicht. Bereits in der so begründeten Umgehung der Vorlagepflicht liegt eine Vertragsverletzung.



nach Unionsrecht verpflichtet war.<sup>54</sup> Die Vermutung trägt dem Umstand Rechnung, dass die EU keine Vertragspartei der EMRK ist, sich aber so verhält, *als ob* sie durch die Konvention gebunden sei. Schon jetzt ermöglicht das „Bosphorus“-Urteil – wie der Richter *Ress* in seinem Sondervotum klargestellt hat – die Prüfung, ob im Einzelfall Konventionsrechte verletzt wurden. Ob der EGMR aber bereit ist, die Vermutung weiter gelten zu lassen, nachdem der EuGH der Konvention den Rücken zugekehrt hat, kann nur als fraglich bezeichnet werden. Der Präsident des Straßburger Gerichtshof, *Dean Spielmann*, hat jedenfalls aus seiner „großen Enttäuschung“ über das Gutachten 2/13 keinen Hehl gemacht und den Auftrag des Gerichtshofs bekräftigt, die Bürger vor den negativen Auswirkungen der Lage zu schützen, die sich daraus ergibt, dass sie vor ihm keinen Rechtsschutz gegen Maßnahmen der EU beanspruchen können:

*„[L]es premières victimes de l’avis 2/13 sont les citoyens qui se voient ainsi privés du droit de soumettre les actes de l’Union au même contrôle externe que celui qui s’applique à tous les États membres. Plus que jamais donc, il s’agit pour notre Cour de protéger au mieux les citoyens des effets négatifs de cette situation, dans le cadre des affaires qui lui seront soumises.“<sup>55</sup>*

### E. „Full faith and credit“ in der Europäischen Union?

Das Bild vom gegenseitigen Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten gehört zum Narrativ der europäischen Einigung. Es bezeichnet nichts anderes als die Gleichheit der Mitgliedstaaten, ein darüber hinausgehender normativer Gehalt kommt ihm nicht zu. Der Rückgriff auf dieses Bild ist beliebig und dient in der Regel dazu, ein *politisch* erwünschtes Ziel zu begründen. Im europäischen Justizraum wird es regelmäßig eingesetzt, um die schrittweise Erleichterung der Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen rhetorisch zu begleiten. Problematisch ist dies dort, wo unter Berufung auf das gegenseitige Vertrauen die Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten untersagt und so der Rechtsschutz des Einzelnen verkürzt wird. Pluralität und Diversität der Rechtsordnungen in der Union machen ein Minimum an Kontrolle mitgliedstaatlicher Entscheidungen unabweisbar. Auszugleichen ist hierbei die Spannung zwischen freizügiger Urteilsanerkennung, Individualrechtsschutz und grundlegenden Wertentscheidungen der Rechtsordnung des Anerkennungsstaates. Sichergestellt werden muss insbesondere, dass die grundrechtlich verbürgten Verfahrensrechte des Beklagten durchgesetzt werden. Hierfür ist die Vorbehaltsklausel des *ordre public* das passende, aber nicht das einzige Instrument. Mit seiner Rechtsprechung, dass das Unionsrecht einem unbedingten und ausnahmslosen Nachprüfungsverbot entgegensteht, wenn es um die Abwehr von Grundrechtsverletzungen geht, hat der EuGH den Kern des Kontrollminimums umschrieben.

Man kann das, was der EuGH in seinem EMRK-Gutachten als Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens bezeichnet, als europäische Variante der *full faith and credit*-

<sup>54</sup> Vgl. EGMR, Nr. 3890/11, *Povse v. Austria*.

<sup>55</sup> EGMR, Rapport Annuel 2014, 2015, S. 6.

Klausel der amerikanischen Verfassung verstehen. Das amerikanische Beispiel wird oft bemüht, um auf eine möglichst großzügige Anerkennung mitgliedstaatlicher Entscheidungen zu drängen,<sup>56</sup> doch steht dahinter ein doppeltes Missverständnis. Zum einen kennt auch das amerikanische Recht, vor allem das Recht der dortigen Gliedstaaten, differenzierte Voraussetzungen für die Anerkennung von Entscheidungen aus anderen Gliedstaaten, und zum anderen ist die Grundvoraussetzung der Verfassungsbestimmung in Europa nicht gegeben. Dem Supreme Court zufolge bezweckt die *full faith and credit*-Klausel,

„to alter the status of the several states as independent sovereign entities, each free to ignore obligations created under the laws or by the judicial proceedings of the others, and to make them parts of a single nation throughout which a remedy upon a just obligation might be demanded as of right, irrespective of the state of its origin“.<sup>57</sup>

Die Europäische Union ist zwar mehr als ein Verband unabhängiger Staaten, und doch sind ihre Mitgliedstaaten nach wie vor „*sovereign entities*“. Vor allem aber hat der EuGH weder die Stellung noch die Zuständigkeiten eines dem Supreme Court vergleichbaren Höchstgerichts. Individualrechtsschutz kann er nicht bieten, kein Rechtsweg führt zu ihm, wenn es um den Schutz der Grundrechte geht, mögen sie auch vom Unionsrecht selbst gewährt werden. Nach wie vor ist der EGMR das einzige gemeinsame Gericht der Mitgliedstaaten, das hierzu in der Lage ist und zu dem der Einzelne Zugang hat. Dass der EuGH sich dieser Sicht verschlossen und den Weg zu einem Beitritt der EU zur EMRK versperrt hat, ist kein Beitrag zum Rechtsschutz im europäischen Justizraum.

56 Siehe zuletzt *Frackowiak-Adamska*, Time for a European „Full Faith and Credit Clause“, CMLR 52 (2015), S. 191 ff. Die Verfasserin plädiert für eine im Primärrecht verortete Anerkennungsverpflichtung, erkennt aber zugleich die Notwendigkeit, die Grenzen dieser Verpflichtung aus dem Grundrechtsschutz und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu entwickeln. In diesem Sinne auch *Lenaerts*, The principle of mutual recognition in the Area of freedom, security and justice, Fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture, All Souls College, University of Oxford am 30.1.2015.

57 *Milwaukee County v. M. E. White Co.*, 296 U.S. 268 (1935), bestätigt in *Baker v. General Motors Corp.*, 522 U.S. 222 (1998).

