

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Band 78

**Vollstreckung und
Abänderung ausländischer Entscheidungen
der freiwilligen Gerichtsbarkeit**

Von
Max Kreffft



Duncker & Humblot · Berlin

MAX KREFFT

**Vollstreckung und Abänderung
ausländischer Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit**

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

**Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Hans-Uwe Erichsen Dr. Helmut Kollhosser Dr. Jürgen Welp**

Band 78

Vollstreckung und Abänderung ausländischer Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit

**Von
Max Kreff**



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Krefft, Max:

Vollstreckung und Abänderung ausländischer Entscheidungen
der freiwilligen Gerichtsbarkeit / von Max Krefft. –
Berlin : Duncker und Humblot, 1993

(Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft ; Bd. 78)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1993

ISBN 3-428-07848-9

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1993 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0935-5383

ISBN 3-428-07848-9

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität im Sommersemester 1993 als Dissertation angenommen.

Meinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Helmut Kollhosser, gilt besonderer Dank für die Förderung, die er mir als wissenschaftlichem Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl in jeder Hinsicht zuteil werden ließ.

Herrn Prof. Dr. Herbert Roth danke ich für wesentliche Anregungen und für die Übernahme des Zweitgutachtens.

Münster, im Juli 1993

Max Krefft

Inhaltsverzeichnis

A. Die Erlangung der Vollstreckbarkeit	13
I. Problemstellung	13
1. Notwendigkeit der Vollstreckbarerklärung	13
2. Definition der ausländischen fG-Entscheidung	15
3. Praktische Bedeutung	16
II. Die Beurteilung in Rechtsprechung und Schrifttum	17
III. Auslegung der §§ 722 ZPO und 33 FGG	19
1. § 722 ZPO	20
a) Gesetzssystematik	20
b) Normzweck	20
2. § 33 FGG	22
a) Gesetzssystematik	22
b) Normzweck	23
IV. Vollstreckbarkeit durch Anerkennung?	24
1. Wortlaut des § 16a FGG	24
2. Sachliche Anhaltspunkte bezüglich eines Einschlusses der Vollstreckungswirkung	26
a) Ähnlichkeit mit § 328 ZPO	26
b) Fehlen eines Verfahrens	26
aa) Prüfung durch Vollstreckungsorgan erforderlich	26
bb) Berührung der staatlichen Souveränität	27
cc) Interessen des Betroffenen	27
V. Vollstreckbarerklärung aufgrund Rechtsfortbildung	28
1. Art der möglichen Rechtsfortbildung	28
2. Rechtfertigung der Rechtsfortbildung für die unterschiedlichen fG-Sachen	30
a) Öffentlich-rechtliche Streitsachen	31
b) Privatrechtliche Streitsachen	31
c) Fürsorgeverfahren	32
aa) Familien- und Vormundschaftssachen	32

bb) Nachlaßsachen	33
3. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen Rechtsfortbildung im Vollstreckungsrecht ..	34
a) Vergleichende Betrachtung mit anderen Problemfällen	35
aa) Verfolgungsrecht des Gerichtsvollziehers	35
bb) Vollstreckbarkeit von Verfahrensvergleichen in der fG	36
cc) Wiederaufnahmeverfahren in der fG	37
dd) Sofortige Vollziehbarkeit von Verkehrszeichen analog § 80 II Nr. 2 VwGO	37
b) Gesetzesvorbehalt auch „im Vorfeld“ von Eingriffen?	38
c) Analogieverbot im Geltungsbereich des Gesetzesvorbehalts?	41
aa) Argumente gegen ein Analogieverbot	41
bb) Argumente für ein Analogieverbot	44
d) Nachträgliche Billigung durch den Gesetzgeber?	45
VI. Vollstreckbarerklärung aufgrund von Staatsverträgen	46
1. Multilaterale Abkommen	46
a) Minderjährigenschutzabkommen	46
b) Europäisches Übereinkommen	46
aa) Anwendungsbereich	47
bb) Voraussetzungen der Vollstreckbarerklärung	47
(1) Art. 8 II EurÜbk	47
(2) Art. 9 I EurÜbk	47
(3) Art. 10 I EurÜbk	47
(4) § 7 IV SorgeRÜbkAusfG (deutscher Vorbehalt)	48
cc) Verfahren	48
(1) Zuständigkeit	48
(2) Verfahren i.e.S., Entscheidungstenor	49
(3) Rechtsmittel	50
c) Haager Entführungsübereinkommen	50
d) EuGVÜ	50
e) Luganer Abkommen	52
2. Bilaterale Abkommen	53
a) Tunesien, Israel (= weder EurÜbk- noch EuGVÜ-Staaten)	53
b) Schweiz, Österreich, Norwegen, Spanien (= EurÜbk-, aber nicht EuGVÜ-Staa- ten)	54
c) Italien, Griechenland (= EuGVÜ-, aber nicht EurÜbk-Staaten)	55
d) Belgien, Vereinigtes Königreich, Niederlande (= EurÜbk- und EuGVÜ-Staa- ten)	57

e) Staatsverträge der ehemaligen DDR	58
VII. Zusammenfassende Übersicht	59
VIII. Behandlung der nicht erfaßten Fälle	60
B. Die Abänderung der ausländischen Entscheidung	62
I. Zulässigkeit der Abänderung	63
II. Maßgebliches Abänderungsstatut	63
III. Die Abänderungsnormen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit	68
1. Privatrechtliche Streitsachen	68
a) Nachträglich veränderte Verhältnisse	68
b) Anfängliche Unrichtigkeit	69
2. Sorgerechtsentscheidungen	69
a) Nachträglich veränderte Verhältnisse	69
b) Anfängliche Unrichtigkeit	71
IV. Die Ermittlung des anwendbaren Sachstatuts	71
1. Bindung an das Internationale Privatrecht des Erststaates?	72
a) Fehlen einer bewußten „Beurteilung“?	72
b) IPR als Verfahrensrecht unbeachtlich?	72
c) Zuständigkeitswechsel als „Änderung der Verhältnisse“?	72
2. Echter Statutenwechsel	73
V. Die Anwendung der Abänderungsnormen, insbesondere des § 1696 BGB	74
1. Materielles Recht stellt auf Kindeswohl ab	74
2. Materielles Recht verwendet andere Kriterien	74
a) Nach materiellem Recht relevante neue Tatsachen	74
b) Für Kindeswohlbeurteilung relevante neue Tatsachen	75
3. Materielles Recht verwendet unwandelbare Merkmale	77
4. Zusammenfassung	77
VI. Einschränkung der Abänderbarkeit durch Staatsverträge	77
1. Staatsverträge, die eine kollisionsrechtliche Abweichung ausdrücklich für unbeachtlich erklären	78
2. Einschränkungen im Anwendungsbereich des EurÜbk	79
a) bei unverändertem Sachverhalt	79
b) bei neuen Tatsachen	80

3.	Einschränkungen im Anwendungsbereich des HEntfÜbk und des MSA	81
a)	nach Art. 16 HEntfÜbk	81
b)	nach dem MSA	81
VII.	Verdecktes Abänderungsbegehren	82
VIII.	Zusammenfassung zur Abänderung ausländischer Entscheidungen	82
	C. Wechselwirkungen von Vollstreckbarerklärung und Abänderung	84
I.	Die Abänderung erfolgt zuerst	84
1.	Nicht dem EurÜbk unterfallende Entscheidungen	84
a)	Grundsatz: Gestaltungswirkung der Abänderung	85
b)	Nicht-ausdrückliche Abänderung	85
c)	Schlichte Entscheidungskollision („faktische Abänderung“)	86
2.	Abänderung von Entscheidungen im Anwendungsbereich des EurÜbk	87
II.	Die Vollstreckbarerklärung erfolgt zuerst	88
1.	Der Fall	88
2.	Lösungsansätze in der Literatur	89
a)	Der Ansatz von <i>K. Siehr</i>	89
b)	Der Ansatz von <i>H. Roth</i>	90
aa)	unter Berufung auf <i>A. Zeuner</i>	90
bb)	unter Berufung auf <i>W. Henckel</i>	92
3.	Stellungnahme	93
a)	zur Auffassung <i>Siehrs</i>	94
b)	zur Auffassung <i>Roths</i>	95
aa)	Rechtskraftwirkung von Entscheidungsgründen	95
bb)	Erstreckung der Rechtskraftwirkungen über Identität und Präjudizialität hinaus	96
(1)	Übertragbarkeit auf die fG	97
(2)	Vorliegen einer „Wert“gleichheit oder eines Sinnzusammenhangs	99
(3)	Bedenken gegen die Lehren <i>Henckels</i> und <i>Zeuners</i>	100
cc)	Eigene Lösung anhand der herkömmlichen Auffassung (d.h. unter Beach- tung des Erfordernisses identischer Verfahrensgegenstände)	102
(1)	Nichtabänderung als konkludenter Bestandteil der Vollstreckbarerklä- rungsentscheidung?	104
(2)	Gestaltungswirkung der Abänderung als kontradiktorisches Gegenteil der Verleihung der Vollstreckbarkeit?	107

(3) Folgerungen aus der wesentlichen Identität der Verfahrensgegenstände	110
(4) Abänderbarkeit der einer Kindesherausgabeentscheidung zugrundeliegenden Sorgerechtsverteilung	111
III. Zusammenfassung der Wechselwirkungen	112
D. Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes	115
I. Vollstreckbarerklärung	115
II. Abänderung, insbesondere nach erfolgter Vollstreckbarerklärung	120
1. Voraussetzungen der Abänderung nach § 620b I 1 ZPO	120
a) Grundsatz: freie Abänderbarkeit	120
b) Einschränkung durch das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses?	121
c) Einschränkung bei Anfechtbarkeit nach § 620c S. 1 ZPO	122
2. Folgerungen für ausländische Anordnungen	124
a) Keine Abänderung § 620c S. 1 ZPO unterfallender Anordnungen wegen anfänglicher Unrichtigkeit	124
b) Auswirkungen einer erfolgten Vollstreckbarerklärung	124
E. Ergebnisse der Arbeit	126
Literaturverzeichnis	128

Abkürzungsverzeichnis

fG = freiwillige Gerichtsbarkeit

pFV = positive Forderungsverletzung

Die Abkürzungen der Staatsverträge und zugehörigen Ausführungsgesetze sind da erläutert, wo sie im Text vorkommen.

Alle übrigen fachsprachlichen Abkürzungen sind erläutert bei *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl. Berlin / New York 1993.

Die in den Fußnoten verwendeten Kurzbezeichnungen der zitierten Werke finden sich im Literaturverzeichnis. Zahlen ohne Angabe bedeuten Seitenzahlen, Zahlen in Klammern die der jeweiligen konkreten Fundstellen. Hochgestellte Zahlen bezeichnen Altauflagen.

A. Die Erlangung der Vollstreckbarkeit

I. Problemstellung

1. Notwendigkeit der Vollstreckbarerklärung

Die Verfahrensarten und Organe, die das deutsche Recht für die Vollstreckung zur Verfügung stellt, dienen grundsätzlich dazu, Entscheidungen deutscher Gerichte und Behörden durchzusetzen. Durch die Vollstreckung wird der verfassungsrechtlich garantierte Justizgewährungsanspruch¹ und, soweit man einen solchen gesondert anerkennen will, auch der sog. Rechtsschutzanspruch² vervollständigt. Soweit kein Gläubiger vorhanden ist, sondern – wie vornehmlich im Straf- und Verwaltungsrecht – der Staat von sich aus im eigenen Interesse tätig wird, geht es um die Durchsetzung des objektiven (i. d. R. deutschen) Rechts.

Nicht selbstverständlich ist dagegen, daß eine *ausländische* Entscheidung mit Hilfe des inländischen Vollstreckungsapparates durchgesetzt wird. Die ihr zukommende Vollstreckbarkeit endet – wie grundsätzlich jede Ausprägung staatlicher Hoheitsgewalt – an den Grenzen des Erlaßstaates. Würde man die Vollstreckbarkeit über diese Grenzen hinaus reichen lassen, also z. B. auch in die Bundesrepublik, so ließe man damit eine „Anweisung“ des Entscheidungsstaates an die fremden (z. B. deutschen) Vollstreckungsorgane zu, für ihn tätig zu werden. Das wäre eine Verletzung der (z. B. deutschen) staatlichen Souveränität.³

Andererseits spricht nichts dagegen, daß die Vollstreckungsorgane eines Staates die Durchsetzung ausländischer Entscheidungen *freiwillig* übernehmen. Daß dies praktisch sinnvoll sein kann, liegt auf der Hand – so zum Beispiel, wenn sich der Betroffene (z. B. Urteilsschuldner, Adressat eines Haftbefehls, Adressat eines Verwaltungsakts) aus dem Erlaßstaat in diesen Staat abgesetzt

¹ Zöller / Vollkommer Einleitung Rn. 49

² Dazu: Zöller / Vollkommer Einleitung Rn. 51

³ IZVR-Hdb. / Wolff (III/2) Rn. IV/9; Zöller / Geimer Rn. 2 zu § 722

hat und dort anderenfalls ein erneutes mühsames, zeitraubendes und kostspieliges Erkenntnisverfahren durchgeführt werden müßte. Womöglich würde ein solches Verfahren – bei geschickter Wahl des „Zufluchtsstaates“ – zudem auch zu einem für den Betreibenden (Gläubiger, Strafverfolgungsorgan, Verwaltungsbehörde) ungünstigeren Ergebnis führen oder vielleicht gar nicht in Betracht kommen.

Aus diesem Grunde haben viele Staaten, darunter auch Deutschland, zwei- oder mehrseitige Verträge geschlossen, um die „internationale“ Vollstreckung – besonders auf dem Gebiet des Zivil- sowie des Strafrechts – zu erleichtern. Der deutsche Gesetzgeber hat aber auch im autonomen Recht, nämlich mit den §§ 722, 723 ZPO, eine ausdrückliche Möglichkeit geschaffen, ausländischen Entscheidungen die Vollstreckbarkeit im Inland zu verleihen. Dies geschieht durch ein besonderes Vollstreckungsurteil, das sog. Exequatur. Es handelt sich dabei um ein Gestaltungs-, nicht um ein Feststellungsurteil⁴ – eine Folgerung aus dem angeführten Souveränitätsargument. Indem nämlich das Exequatur nicht eine schon vorhandene Vollstreckbarkeit feststellt, sondern sie originär verleiht, spricht *es* (und nicht die fremde Entscheidung selbst) die erwähnte „Anweisung“ an den deutschen Vollstreckungsapparat aus.

Der – zumindest für die vorliegende Arbeit – unproblematische Normalfall des Exequaturverfahrens nach den §§ 722, 723 ZPO ist nun der, daß eine Entscheidung für vollstreckbar erklärt werden soll, die sowohl nach unserem Verständnis als auch nach dem des Ursprungsstaates als gewöhnliches Streitiges Zivilurteil angesehen wird. Demgegenüber liegt der Problemfall, der den Gegenstand dieser Untersuchung bildet, vor, wenn es sich um eine (vollstreckungsfähige) Entscheidung der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. Da das deutsche Recht mit § 33 FGG eine Sonderregelung für die Vollstreckung in Angelegenheiten aus diesem Rechtsgebiet kennt, ist nämlich möglicherweise das gesamte Vollstreckungsrecht der ZPO, also das 8. Buch einschließlich der §§ 722, 723 nicht anwendbar.

⁴ StJ / Münzberg Rn. 3 zu § 722; Zöller / Geimer Rn. 3 zu § 722; *widersprüchlich* Dörner AnE 155, der einerseits von *Vollstreckbarerklärung* spricht, andererseits aber auch die Möglichkeit einer „die Vollstreckbarkeit *feststellenden* Entscheidung“ bejaht

2. Definition der ausländischen fG-Entscheidung

Denkbar ist zum einen, daß die Entscheidung, wäre sie in Deutschland ergangen, der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuordnen wäre. Zum anderen kann die Entscheidung *nach dem Recht des Erlaßstaates* in einem Sonderverfahren ergangen sein, welches dem deutschen FGG-Verfahren ähnelt oder entspricht. Solche Verfahren sind auch im Ausland vielfach anzutreffen; zum Teil wird ebenfalls der Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit verwendet. Deshalb muß zunächst geklärt werden, was unter dem Begriff der „ausländischen fG-Entscheidung“ zu verstehen ist – und wann demgegenüber ein gewöhnliches Zivilurteil vorliegt, das sich unproblematisch unter § 722 ZPO subsumieren läßt.

Die Beantwortung dieser Frage ähnelt dem Vorgang, der im internationalen Privatrecht als sog. Qualifikation bekannt ist. Man versteht darunter die Auslegung der Anknüpfungsgegenstände von Kollisionsnormen (der sog. Systembegriffe) und die Subsumtion unter dieselben.⁵ So handelt es sich um Qualifikation, wenn man den Begriff des Schuldvertragsrechts i. S. d. Art. 27 EGBGB auslegt, um festzustellen, ob z. B. das angelsächsische Rechtsinstitut des *trust* („Treuhand“) darunter zu fassen ist oder ob es sich dabei nicht vielmehr um Sachenrecht handelt. Auch dort stellt sich die Frage, ob darauf abzustellen ist, wie wir die Rechtsmaterie nach deutschen Maßstäben (*lex fori*) einordnen würden, oder darauf, zu welchem Rechtsgebiet sie nach dem ausländischen Recht, auf das die Kollisionsnorm verweist (*lex causae*), gehören würde. Heutzutage hat sich im IPR zu Recht die erste Auffassung – wenn auch z. T. mit Modifikationen im Detail – durchgesetzt:⁶ die Anwendung *unserer* Kollisionsnormen geben wir nicht „aus der Hand“. ⁷ Auch logisch ist es unsauber, nach der *lex causae* zu qualifizieren: was die *lex causae* ist, kann ja erst *nach* Anwendung der Kollisionsnorm festgestellt werden.⁸ Man kann mit anderen Worten nicht zuerst aufgrund der Schuldrechts-Kollisionsnorm in das Recht des Staates X gelangen und dann erst prüfen, ob es sich nach dessen Einteilungskriterien überhaupt um Schuldrecht handelt. Handelt es sich nämlich nach dem Recht von X um Sachenrecht, so wird der Widerspruch offenkundig, wenn unser IPR

⁵ Kegel § 7 I; Firsching § 7 I vor a; Palandt / Heldrich Rn. 27 vor Art. 3 EGBGB; näher Dörner Qual. 348

⁶ BGHZ 44, 121 (128); 29, 137 (139); OLG Hamm NJW 1970, 390 (390); Ferid Rn. 4-14; Palandt / Heldrich Rn. 27 vor Art. 3 EGBGB

⁷ Dörner Qual. 350

⁸ Ferid Rn. 4-15