SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN ELEANOR SHARPSTON vom 20. Mai 2010[1]

1. Zwillinge — ein Junge, der sich jetzt bei der Mutter in Deutschland aufhält, und ein Mädchen, das bei seinem Vater in Spanien lebt — sind Gegenstand eines Sorgerechtsstreits zwischen den Eltern, die nicht verheiratet waren und ihr frühere Lebensgemeinschaft beendet haben. Ein spanisches Gericht hat mit einer einstweiligen Anordnung das Sorgerecht für beide Kinder dem Vater zugesprochen, der die Anerkennung und Vollstreckung dieser Anordnung in Deutschland beantragt. Der Bundesgerichtshof (Deutschland) ersucht um Hinweise zu der Frage, ob eine solche einstweilige Anordnung in einem anderen Mitgliedstaat ebenso anerkannt und vollstreckt werden muss wie die Entscheidung des zuständigen Gerichts über die endgültige Übertragung des Sorgerechts.

Rechtlicher Rahmen

2. Das vorlegende Gericht ersucht um eine Entscheidung betreffend die Auslegung der Art. 2 Nr. 4, Art. 20 und Art. 21 ff. der sogenannten Brüssel-IIa-Verordnung[2]. Andere Teile der Verordnung sind jedoch ebenfalls von Bedeutung.

Erwägungsgründe

3. Die Verordnung enthält u. a. folgende Erwägungsgründe:

„(2) Auf seiner Tagung in Tampere hat der Europäische Rat den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen, der für die Schaffung eines echten europäischen Rechtsraums unabdingbar ist, anerkannt und die Besuchsrechte als Priorität eingestuft.

…

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (ABl. L 338, S. 1, im Folgenden: Verordnung oder — wenn dies zur Unterscheidung von anderen Verordnungen angebracht ist — aktuelle Verordnung).

(5) Um die Gleichbehandlung aller Kinder sicherzustellen, gilt diese Verordnung für alle Entscheidungen über die elterliche Verantwortung, einschließlich der Maßnahmen zum Schutz des Kindes, ohne Rücksicht darauf, ob eine Verbindung zu einem Verfahren in Ehesachen besteht.

...

(12) Die in dieser Verordnung für die elterliche Verantwortung festgelegten Zuständigkeitsvorschriften wurden dem Wohle des Kindes entsprechend und insbesondere nach dem Kriterium der räumlichen Nähe ausgestaltet. Die Zuständigkeit sollte vorzugsweise dem Mitgliedstaat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes vorbehalten sein außer in bestimmten Fällen, in denen sich der Aufenthaltsort des Kindes geändert hat oder in denen die Träger der elterlichen Verantwortung etwas anderes vereinbart haben.

...

(16) Die vorliegende Verordnung hindert die Gerichte eines Mitgliedstaats nicht daran, in dringenden Fällen einstweilige Maßnahmen einschließlich Schutzmaßnahmen in Bezug auf Personen oder Vermögensgegenstände, die sich in diesem Staat befinden, anzuordnen.

(17) Bei widerrechtlichem Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes sollte dessen Rückgabe unverzüglich erwirkt werden; zu diesem Zweck sollte das Haager Übereinkommen vom 24. Oktober 1980[3], das durch die Bestimmungen dieser Verordnung und insbesondere des Artikels 11 ergänzt wird, weiterhin Anwendung finden. ...

...

(21) Die Anerkennung und Vollstreckung der in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen sollten auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens beruhen und die Gründe für die Nichtanerkennung auf das notwendige Minimum beschränkt sein.

(22) Zum Zwecke der Anwendung der Anerkennungs- und Vollstreckungsregeln sollten die in einem Mitgliedstaat vollstreckbaren öffentlichen Urkunden und Vereinbarungen zwischen den Parteien ‚Entscheidungen' gleichgestellt werden.

...

(23) Der Europäische Rat von Tampere hat in seinen Schlussfolgerungen (Nummer 34) die Ansicht vertreten, dass Entscheidungen in familienrechtlichen Verfahren ‚automatisch unionsweit anerkannt' werden sollten, ‚ohne dass es

3 — Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (im Folgenden: Haager Übereinkommen von 1980).

irgendwelche Zwischenverfahren oder Gründe für die Verweigerung der Vollstreckung geben' sollte. Deshalb sollten Entscheidungen über das Umgangsrecht und über die Rückgabe des Kindes, für die im Ursprungsmitgliedstaat nach Maßgabe dieser Verordnung eine Bescheinigung ausgestellt wurde, in allen anderen Mitgliedstaaten anerkannt und vollstreckt werden, ohne dass es eines weiteren Verfahrens bedarf. Die Modalitäten der Vollstreckung dieser Entscheidungen unterliegen weiterhin dem nationalen Recht.

(24) Gegen die Bescheinigung, die ausgestellt wird, um die Vollstreckung der Entscheidung zu erleichtern, sollte kein Rechtsbehelf möglich sein. Sie sollte nur Gegenstand einer Klage auf Berichtigung sein, wenn ein materieller Fehler vorliegt, d. h., wenn in der Bescheinigung der Inhalt der Entscheidung nicht korrekt wiedergegeben ist.

…"

Struktur der Verordnung

4. Die Verordnung erfasst sowohl Ehesachen als auch Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung. Einige ihrer Bestimmungen gelten nur für jeweils einen der beiden Bereiche, andere wiederum für beide. Ich werde nachstehend nur diejenigen Vorschriften darstellen, die für die im vorliegenden Fall aufgeworfenen Fragen der elterlichen Verantwortung von Bedeutung sind. Allerdings mag es zweckmäßig sein, sich die Gesamtstruktur der Verordnung vor Augen zu führen.

5. Kapitel I betrifft Anwendungsbereich sowie Begriffsbestimmungen und besteht aus den Art. 1 und 2. Kapitel II betrifft die Zuständigkeit und ist in drei Abschnitte gegliedert: Abschnitt 1 (Ehescheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes und Ungültigerklärung einer Ehe) umfasst die Art. 3 bis 7, Abschnitt 2 (Elterliche Verantwortung) die Art. 8 bis 15 und Abschnitt 3 (Gemeinsame Bestimmungen) die Art. 16 bis 20. Kapitel III über Anerkennung und Vollstreckung enthält sechs Abschnitte: Abschnitt 1 (Anerkennung) umfasst die Art. 21 bis 27, Abschnitt 2 (Antrag auf Vollstreckbarerklärung) die Art. 28 bis 36, Abschnitt 3 (Gemeinsame Bestimmungen für die Abschnitte 1 und 2) die Art. 37 bis 39, Abschnitt 4 (Vollstreckbarkeit bestimmter Entscheidungen über das Umgangsrecht und bestimmter Entscheidungen, mit denen die Rückgabe des Kindes angeordnet wird) die Art. 40 bis 45, Abschnitt 5 (Öffentliche Urkunden und Vereinbarungen) den Art. 46 und Abschnitt 6 (Sonstige Bestimmungen) die Art. 47 bis 52. Kapitel IV über Zusammenarbeit zwischen den Zentralen Behörden bei Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung besteht aus den Art. 53 bis 58. Kapitel V über das Verhältnis zu anderen Rechtsinstrumenten umfasst die

Art. 59 bis 63, und der Rest des Textes besteht aus den Kapiteln VI und VII mit Übergangsvorschriften bzw. Schlussbestimmungen.

Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen

6. Nach ihrem Art. 1 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 2 Buchst. a gilt die Verordnung, ungeachtet der Art der Gerichtsbarkeit, für Zivilsachen, die die Zuweisung, die Ausübung, die Übertragung sowie die vollständige oder teilweise Entziehung der elterlichen Verantwortung, insbesondere das Sorgerecht und das Umgangsrecht, zum Gegenstand haben.

7. Art. 2 enthält eine Reihe von Begriffsbestimmungen. Insbesondere bezeichnen die Ausdrücke

„1. ‚Gericht' alle Behörden der Mitgliedstaaten, die für Rechtssachen zuständig sind, die gemäß Artikel 1 in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallen;

…

4. ‚Entscheidung' jede von einem Gericht eines Mitgliedstaats erlassene Entscheidung über [u. a.] die elterliche Verantwortung, ohne Rücksicht auf die Bezeichnung der jeweiligen Entscheidung, wie Urteil oder Beschluss;

5. ‚Ursprungsmitgliedstaat' den Mitgliedstaat, in dem die zu vollstreckende Entscheidung ergangen ist;

6. ‚Vollstreckungsmitgliedstaat' den Mitgliedstaat, in dem die Entscheidung vollstreckt werden soll;

7. ‚elterliche Verantwortung' die gesamten Rechte und Pflichten, die einer natürlichen oder juristischen Person durch Entscheidung oder kraft Gesetzes oder durch eine rechtlich verbindliche Vereinbarung betreffend die Person oder das Vermögen eines Kindes übertragen wurden. Elterliche Verantwortung umfasst insbesondere das Sorge- und das Umgangsrecht;

8. ‚Träger der elterlichen Verantwortung' jede Person, die die elterliche Verantwortung für ein Kind ausübt;

9. ‚Sorgerecht' die Rechte und Pflichten, die mit der Sorge für die Person eines Kindes verbunden sind, insbesondere das Recht auf die Bestimmung des Aufenthaltsortes des Kindes;

10. ‚Umgangsrecht' insbesondere auch das Recht, das Kind für eine begrenzte Zeit an einen anderen Ort als seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort zu bringen;

11. ‚widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes' das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes, wenn

a) dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das aufgrund einer Entscheidung oder kraft Gesetzes oder aufgrund einer rechtlich verbindlichen Vereinbarung nach dem Recht des Mitgliedstaats besteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte,

und

b) das Sorgerecht zum Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens allein oder gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, wenn das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte. Von einer gemeinsamen Ausübung des Sorgerechts ist auszugehen, wenn einer der Träger der elterlichen Verantwortung aufgrund einer Entscheidung oder kraft Gesetzes nicht ohne die Zustimmung des anderen Trägers der elterlichen Verantwortung über den Aufenthaltsort des Kindes bestimmen kann.

…"

Zuständigkeit

8. Art. 8 der Verordnung, der die allgemeine Zuständigkeit in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung regelt, bestimmt:

„(1) Für Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betreffen, sind die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dem das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

(2) Absatz 1 findet vorbehaltlich der Artikel 9, 10 und 12 Anwendung."

9. Art. 9 bestimmt:

„(1) Beim rechtmäßigen Umzug eines Kindes von einem Mitgliedstaat in einen anderen, durch den es dort einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt erlangt, verbleibt abweichend von Artikel 8 die Zuständigkeit für eine Änderung einer vor dem Umzug des Kindes in diesem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidung über das Umgangsrecht während einer Dauer von drei Monaten nach dem Umzug bei den Gerichten des früheren gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes, wenn sich der laut der Entscheidung über das Umgangsrecht umgangsberechtigte Elternteil weiterhin gewöhnlich in dem Mitgliedstaat des früheren gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes aufhält.

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn der umgangsberechtigte Elternteil im Sinne des Absatzes 1 die Zuständigkeit der Gerichte des Mitgliedstaats des neuen gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes dadurch anerkannt hat, dass er sich an Verfahren vor diesen Gerichten beteiligt, ohne ihre Zuständigkeit anzufechten."

10. Art. 10 betrifft die Zuständigkeit in Fällen von Kindesentführung. Kurz gesagt bestimmt er Folgendes: Wird ein Kind widerrechtlich in einen anderen Mitgliedstaat als denjenigen, in dem es bis dahin seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, verbracht oder wird es in diesem anderen Mitgliedstaat zurückgehalten, erlangt es dadurch nicht automatisch einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt, der die Zuständigkeit der Gerichte des neuen Mitgliedstaats begründet, so dass die Zuständigkeit bei den Gerichten des ursprünglichen Mitgliedstaats des gewöhnlichen Aufenthalts verbleibt. (Art. 11 sieht in diesen Fällen die Anordnung der Rückgabe des Kindes vor.)

11. Art. 12 betrifft Vereinbarungen über die Zuständigkeit. Insbesondere können nach Art. 12 Abs. 3 in Verfahren, die in keinem Zusammenhang mit einem Antrag auf Scheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder Ungültigerklärung der Ehe stehen, die Gerichte eines Mitgliedstaats in Bezug auf die elterliche Verantwortung zuständig sein, wenn a) eine wesentliche Bindung des Kindes zu diesem Mitgliedstaat besteht, insbesondere weil einer der Träger der elterlichen Verantwortung in diesem Mitgliedstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder das Kind die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats besitzt, und b) alle betroffenen Parteien zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts die Zuständigkeit ausdrücklich oder eindeutig anerkannt haben und die Zuständigkeit im Einklang mit dem Wohl des Kindes steht. [4]

12. Kann der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes nicht festgestellt und kann die Zuständigkeit nicht gemäß Art. 12 bestimmt werden, so sind nach Art. 13 Abs. 1 die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dem sich das Kind befindet.

13. Art. 15 erlaubt, sofern dies dem Wohl des Kindes entspricht, einem Gericht, das für die Entscheidung in der Hauptsache zuständig ist, ausnahmsweise die Übertragung der Zuständigkeit an ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats, zu dem das Kind eine besondere Bindung hat (insbesondere wenn es sich dabei um den neuen oder früheren Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes, den Staat, dessen Staatsangehörigkeit das Kind besitzt, oder den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts eines Trägers der elterlichen Verantwortung handelt), wenn dieses Gericht den Fall besser beurteilen kann.

4 — Auch wenn dies hier vielleicht nicht von unmittelbarer Bedeutung ist, sei darauf hingewiesen, dass nach Art. 12 Abs. 1 ein Gericht, das nach Art. 3 über einen Antrag auf Ehescheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder Ungültigerklärung einer Ehe zu entscheiden hat, für alle Entscheidungen zuständig ist, die die mit diesem Antrag verbundene elterliche Verantwortung betreffen, wenn a) zumindest einer der Ehegatten die elterliche Verantwortung hat und b) die Zuständigkeit von den Ehegatten oder von den Trägern der elterlichen Verantwortung zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts ausdrücklich oder eindeutig anerkannt wurde und im Einklang mit dem Wohl des Kindes steht.

14. Nach Art. 17 hat sich das Gericht eines Mitgliedstaats von Amts wegen für unzuständig zu erklären, wenn es in einer Sache angerufen wird, für die es nach der Verordnung keine Zuständigkeit hat, sondern für die das Gericht eines anderen Mitgliedstaats zuständig ist.

15. Art. 19 betrifft Rechtshängigkeit und abhängige Verfahren. Er sieht insbesondere vor:

„…

(2) Werden bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Verfahren bezüglich der elterlichen Verantwortung für ein Kind wegen desselben Anspruchs anhängig gemacht, so setzt das später angerufene Gericht das Verfahren von Amts wegen aus, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts geklärt ist.

(3) Sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht, erklärt sich das später angerufene Gericht zugunsten dieses Gerichts für unzuständig.

…“

16. Art. 20 mit der Überschrift „Einstweilige Maßnahmen einschließlich Schutzmaßnahmen“ bestimmt:

„(1) Die Gerichte eines Mitgliedstaats können in dringenden Fällen ungeachtet der Bestimmungen dieser Verordnung die nach dem Recht dieses Mitgliedstaats vorgesehenen einstweiligen Maßnahmen einschließlich Schutzmaßnahmen in Bezug auf in diesem Staat befindliche Personen oder Vermögensgegenstände auch dann anordnen, wenn für die Entscheidung in der Hauptsache gemäß dieser Verordnung ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats zuständig ist.

(2) Die zur Durchführung des Absatzes 1 ergriffenen Maßnahmen treten außer Kraft, wenn das Gericht des Mitgliedstaats, das gemäß dieser Verordnung für die Entscheidung in der Hauptsache zuständig ist, die Maßnahmen getroffen hat, die es für angemessen hält.“

Anerkennung

17. Art. 21 der Verordnung bestimmt, soweit hier relevant:

„(1) Die in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen werden in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt, ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf.

…

(3) Unbeschadet des Abschnitts 4 kann jede Partei, die ein Interesse hat, gemäß den Verfahren des Abschnitts 2 eine Entscheidung über die Anerkennung oder Nichtanerkennung der Entscheidung beantragen.

…

(4) Ist in einem Rechtsstreit vor einem Gericht eines Mitgliedstaats die Frage der Anerkennung einer Entscheidung als Vorfrage zu klären, so kann dieses Gericht hierüber befinden."

18. In Art. 23 sind die Gründe für die Nichtanerkennung einer Entscheidung über die elterliche Verantwortung aufgezählt. Kurz gesagt beziehen sich diese Gründe auf die öffentliche Ordnung, die Nichtanhörung des Kindes oder einer Partei, die Unvereinbarkeit mit einer späteren Entscheidung bzw. die Nichteinhaltung der Verfahren zur Unterbringung des Kindes. Im vorliegenden Fall scheint keiner dieser Gründe geltend gemacht worden zu sein.

19. Die Art. 24 und 26 enthalten ein (im Vollstreckungsmitgliedstaat geltendes) Verbot der Nachprüfung der Zuständigkeit des Gerichts des Ursprungsmitgliedstaats bzw. der Nachprüfung der Entscheidung in der Sache.

Vollstreckung

20. Art. 28 Abs. 1 der Verordnung bestimmt:

„Die in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen über die elterliche Verantwortung für ein Kind, die in diesem Mitgliedstaat vollstreckbar sind und die zugestellt worden sind, werden in einem anderen Mitgliedstaat vollstreckt, wenn sie dort auf Antrag einer berechtigten Partei für vollstreckbar erklärt wurden."

21. Gemäß Art. 30 Abs. 1 ist für die Stellung des Antrags das Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats maßgebend. Nach Art. 30 Abs. 3 in Verbindung mit den Art. 37 und 39 sind dem Antrag beizufügen a) eine Ausfertigung der Entscheidung, die die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, und b) eine Bescheinigung des zuständigen Gerichts oder der zuständigen Behörde des Ursprungsmitgliedstaats unter Verwendung des Formblatts in Anhang II. Im Wesentlichen besteht diese Bescheinigung aus einer Liste mit Angaben zu dem Gericht, das die Entscheidung erlassen hat, zu den betroffenen Parteien und Kindern sowie zu der Entscheidung, ihrer Vollstreckbarkeit im Ursprungsmitgliedstaat und ihrem wesentlichen Inhalt.

22. Nach Art. 31 Abs. 1 und 3 erlässt das mit dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung

befasste Gericht seine Entscheidung ohne Verzug und ohne Nachprüfung in der Sache. In diesem Abschnitt des Verfahrens erhalten weder die Person, gegen die die Vollstreckung erwirkt werden soll, noch das Kind Gelegenheit, eine Erklärung abzugeben. Allerdings kann jede Partei gegen die Entscheidung über den Antrag einen Rechtsbehelf nach Maßgabe der Art. 33 bis 35 einlegen. Nach Art. 31 Abs. 2 darf der Antrag nur aus einem der in Art. 23 aufgeführten Gründe abgelehnt werden (allerdings könnte die Vollstreckbarerklärung wohl auch versagt werden, wenn eine der in Art. 28 Abs. 1 genannten Voraussetzungen — Vollstreckbarkeit im Ursprungsmitgliedstaat und Zustellung an den Vollstreckungsgegner — nicht erfüllt ist).

Öffentliche Urkunden und Vereinbarungen

23. Art. 46 der Verordnung bestimmt:

„Öffentliche Urkunden, die in einem Mitgliedstaat aufgenommen und vollstreckbar sind, sowie Vereinbarungen zwischen den Parteien, die in dem Ursprungsmitgliedstaat vollstreckbar sind, werden unter denselben Bedingungen wie Entscheidungen anerkannt und für vollstreckbar erklärt."

Grenzüberschreitende Zusammenarbeit

24. Nach Art. 53 richten die Mitgliedstaaten Zentrale Behörden ein, die sie bei der Anwendung der Verordnung unterstützen. Nach Art. 55 gehört zu den Aufgaben dieser Behörden in Fällen, die speziell die elterliche Verantwortung betreffen, die Erleichterung der Verständigung zwischen den Gerichten, insbesondere zur Anwendung von Art. 15 (der die Verweisung an ein Gericht zulässt, das den Fall besser entscheiden kann).

Vorabentscheidungen

25. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Verordnung gestützt auf die Art. 61 Buchst. c EG und Art. 67 Abs. 1 EG erlassen wurde, die zum Dritten Teil, Titel IV des EG-Vertrags über Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr gehören.

26. Dementsprechend konnten, solange der Vertrag in Kraft war (bis 30. November 2009), gemäß Art. 68 Abs. 1 EG nur Gerichte, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, den Gerichtshof

um eine Entscheidung betreffend die Auslegung des Vertrags ersuchen.

27. Mit Inkrafttreten des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union am 1. Dezember 2009 ist Art. 68 Abs. 1 EG jedoch aufgehoben worden, so dass die Befugnis zur Vorlage von in den fraglichen Bereich fallenden Fragen nicht länger auf Gerichte beschränkt ist, deren Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln angegriffen werden können.

28. Darüber hinaus (und dies gilt sowohl für die Zeit vor als auch für die Zeit nach dem 30. November 2009) ist ein solches Gericht nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet, eine Vorabentscheidung einzuholen, wenn es eine Entscheidung über die Frage zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält. [5]

29. Schließlich kann der Gerichtshof in geeigneten Fällen entweder auf Antrag des vorlegenden Gerichts oder von Amts wegen (unter Berücksichtigung des Endziels, so bald wie möglich langfristige Stabilität in das Leben der betroffenen Kinder zu bringen) ein Vorabentscheidungsersuchen in diesem Bereich nach Art. 23a seiner Satzung und Art. 104b seiner Verfahrensordnung einem speziellen Eilverfahren unterwerfen.

Unionsrechtliche Vorgängerrechtsakte der Verordnung

30. Die Verordnung fügt sich in einen organischen Entwicklungsprozess des Gemeinschaftsrechts (und jetzt des Unionsrechts) ein, der mit dem Brüsseler Übereinkommen von 1968 [6] begann, das jetzt nahezu vollständig durch die Verordnung Nr. 44/2001 [7] ersetzt worden ist. Allerdings erfassen diese Rechtsakte nicht den Bereich der elterlichen Verantwortung, der erstmals (wenngleich nur in Bezug auf Kinder von Ehepaaren) in der Verordnung Nr. 1347/2000 [8] geregelt wurde, die inzwischen aufgehoben und durch die

5 — Art. 234 Abs. 3 EG bzw. Art. 267 Abs. 3 AEUV.

6 — Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Eine konsolidierte Fassung des Übereinkommens in der durch die vier Beitrittsübereinkommen geänderten Fassung ist im ABl. 1998, C 27, S. 1, veröffentlicht. Das Übereinkommen gilt immer noch für die Beziehungen zwischen Dänemark und den anderen Mitgliedstaaten sowie für bestimmte Überseegebiete.

7 — Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. 2001, L 12, S. 1) in der geänderten Fassung — auch als „Brüsseler Verordnung“ bekannt.

8 — Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten (ABl. L 160, S. 19) — auch als „Brüssel-II-Verordnung“ bekannt. Dieser Verordnung ging das „Brüssel-II-Übereinkommen“ über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen (ABl. 1998, C 221, S. 2) voran, dessen Bestimmungen größtenteils in die Verordnung übernommen wurden; das Brüssel-II-Übereinkommen selbst wurde nicht ratifiziert, jedoch gibt es einen erläuternden Bericht über seine Entstehung (Borrás Report, ABl. 1998, C 221, S. 27).

aktuelle Verordnung ersetzt wurde.[9] Dennoch sind zahlreiche Bestimmungen dieser Rechtsakte über Anerkennung und Vollstreckung, insbesondere in Bezug auf einstweilige Maßnahmen, den Vorschriften der Verordnung ähnlich. Soweit dies der Fall ist, können Rechtsprechung und andere Quellen[10] zu diesen Bestimmungen auch im Rahmen der aktuellen Verordnung von Bedeutung sein.

31. Die Zuständigkeitsregeln in den Vorgängerrechtsakten gelten allesamt nicht für Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung, die unabhängig von Ehesachen betrieben werden.

32. Zur Rechtshängigkeit finden sich in Art. 21 des Brüsseler Übereinkommens, Art. 11 der Verordnung Nr. 1347/2000 und Art. 27 der Verordnung Nr. 44/2001 Vorschriften, die in ihrer Rechtswirkung jeweils Art. 19 Abs. 2 und 3 der aktuellen Verordnung entsprechen.[11]

33. Was einstweilige Maßnahmen angeht, enthält die Verordnung Nr. 1347/2000 mit ihrem Art. 12 eine Bestimmung, die in ihrem Wortlaut identisch mit Art. 20 Abs. 1 der aktuellen Verordnung ist[12]; auch Art. 24 des Brüsseler Übereinkommens und Art. 31 der Verordnung Nr. 44/2001 enthalten eine im Wesentlichen ähnliche Regelung.

34. Im Bereich der Anerkennung finden sich ähnliche (wenn auch nicht identische) Bestimmungen wie die oben angeführten Vorschriften[13] in den Art. 26 bis 29 des Brüsseler Übereinkommens, in den Art. 14, 15, 17 und 19 der Verordnung Nr. 1347/2000 sowie in den Art. 33 bis 36 der Verordnung Nr. 44/2001. Dagegen sind die Nichtanerkennungsgründe verständlicherweise auf den besonderen Typus der jeweiligen Maßnahme zugeschnitten, und weder das Brüsseler Übereinkommen noch die Verordnung Nr. 44/2001 schließen eine Nachprüfung der Zuständigkeit des Gerichts des Ursprungsmitgliedstaats völlig aus, wie dies Art. 24 der aktuellen Verordnung vorschreibt.

35. Im Bereich der Vollstreckung weisen die Art. 31 ff. des Brüsseler Übereinkommens, die

9 — Es gab auch einen überbrückenden Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über die elterliche Verantwortung (KOM[2001] 505 endg., ABl. C 332E, S. 269), der aber nicht angenommen wurde.

10 — Der Gerichtshof hat z. B. in zahlreichen Entscheidungen auf den Jenard-Bericht zum Brüsseler Übereinkommen (ABl. 1979, C 59, S. 1) und den Schlosser-Bericht zum Übereinkommen über den Beitritt des Königreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland zum Brüsseler Übereinkommen (ABl. 1979, C 59, S. 71) verwiesen. Auch der in Fn. 8 erwähnte Borrás-Bericht kann — ebenso wie die Begründungen der verschiedenen Verordnungsvorschläge der Kommission — Anhaltspunkte für die Auslegung der Verordnung Nr. 1347/2000 und deren Nachfolgerechtsakt, die aktuelle Verordnung, enthalten.

11 — Vgl. oben, Nr. 15.

12 — Vgl. oben, Nr. 16; die Bestimmung ist (abgesehen vom Wort „Verordnung“ anstelle von „Übereinkommen“) auch mit Art. 12 des in Fn. 8 angeführten Brüssel-II-Übereinkommens identisch.

13 — Vgl. oben, Nrn. 17 bis 19.

Art. 21 ff. der Verordnung Nr. 1347/2000 und die Art. 38 ff. der Verordnung Nr. 44/2001 gewisse Parallelen zu den Art. 28 ff. der Verordnung auf. [14]

36. Was schließlich öffentliche Urkunden und Vereinbarungen betrifft, sehen die Art. 50 und 51 des Brüsseler Übereinkommens sowie die Art. 57 und 58 der Verordnung Nr. 44/2001 eine Vollstreckung unter ähnlichen Voraussetzungen wie denen des Art. 46 der Verordnung [15] vor; hingegen gab es in der Verordnung Nr. 1347/2000 keine entsprechende Bestimmung.

37. In meiner nachfolgenden Würdigung werde ich auf diese Vorgängerbestimmungen näher eingehen, soweit dies der Auslegung der Verordnung dienlich sein könnte.

Völkerrechtliche Vorgängerrechtsakte der Verordnung

38. Allerdings hat die Verordnung — wie sich dies für eine familienrechtliche Maßnahme vielleicht auch gehört — mehr als nur eine Ahnenreihe.

39. Ein erstes Haager Übereinkommen [16] zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige wurde 1902 geschlossen. [17] Es wurde in weiten Teilen durch das Übereinkommen von 1961 über den Minderjährigenschutz ersetzt. [18] Dem Übereinkommen von 1961 folgte wiederum (ohne dass es jedoch zu einer ebenso umfangreichen Ersetzung kam, da die Ratifizierung noch nicht abgeschlossen ist) das neueste Haager Übereinkommen von 1996 zum Kinderschutz. [19] Einen verwandten

14 — Vgl. oben, Nrn. 20 bis 22.

15 — Vgl. oben, Nr. 23.

16 — Die verschiedenen Haager Übereinkommen stehen zur Verfügung auf der Website (http://www.hcch.net) und in den Veröffentlichungen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, der alle Mitgliedstaaten sowie die Europäische Union selbst (vgl. Beschluss 2006/719/EG des Rates vom 5. Oktober 2006 über den Beitritt der Gemeinschaft zur Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, ABl. L 297, S. 1, in Verbindung mit Art. 1 EUV) als Mitglieder angehören. Auf der Website finden sich auch der Steiger-Bericht über das Übereinkommen von 1961, der Pérez-Vera-Bericht über das Übereinkommen von 1980 sowie der Lagarde-Bericht zu dem Übereinkommen von 1996, auf die gegebenenfalls verwiesen wird.

17 — Convention du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs (im Folgenden: Übereinkommen von 1902).

18 — Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (im Folgenden: Übereinkommen von 1961). Für Vertragsstaaten sowohl des Übereinkommens von 1902 als auch des Übereinkommens von 1961 ist das letztgenannte Übereinkommen maßgebend. Das Übereinkommen von 1902 gilt, soweit es die Mitgliedstaaten betrifft, immer noch für die Beziehungen mit Luxemburg, Belgien und Rumänien (vgl. Comparative study on enforcement procedures of family rights, T.M.C. Asser Instituut, Den Haag, 2007, S. 84). Das Übereinkommen von 1961 wurde von elf der derzeitigen Mitgliedstaaten ratifiziert, u. a. von Deutschland und Spanien.

19 — Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern (ABl. 2008, L 151, S. 39, im Folgenden: Übereinkommen von 1996). Es wurde von allen Mitgliedstaaten der Union unterzeichnet, bisher allerdings nur von acht Mitgliedstaaten ratifiziert, zu denen Deutschland und Spanien nicht gehören; alle übrigen Mitgliedstaaten mit Ausnahme Dänemarks wurden ermächtigt, das Übereinkommen von 1961 im Interesse der Union zu ratifizieren oder ihm — gleichzeitig — beizutreten (vgl. Entscheidung 2008/431/EG des Rates, ABl. L 151, S. 36).

Bereich regelt das Übereinkommen von 1980 über Kindesentführung. [20]

40. Außerdem existiert ein Übereinkommen des Europarats von 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses. [21]

41. Gemäß den Art. 60 bis 62 der Verordnung behalten im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten, die Vertragsparteien der Übereinkommen von 1961, von 1980 und von 1996 sind, die genannten Übereinkünfte weiterhin ihre Wirksamkeit für die Rechtsgebiete, die durch die Verordnung nicht geregelt sind; in den von der Verordnung geregelten Bereichen hat diese hingegen Vorrang.

42. Die Zuständigkeit in Vormundschaftssachen war nach dem Übereinkommen von 1902 im Wesentlichen den Behörden des Staates zugewiesen, dessen Staatsangehörigkeit das Kind besitzt. Nach Art. 7 konnten jedoch die örtlichen Behörden bis zu einer Entscheidung über die Vormundschaft in allen dringenden Fällen alle erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Person oder der Belange eines ausländischen Kindes treffen. Zu der Anerkennung oder Vollstreckung solcher Maßnahmen in anderen Staaten äußerte sich das Übereinkommen nicht.

43. Das Übereinkommen von 1961 stellt bei „Gewaltverhältnissen“ vorrangig auf das Recht des Staates ab, dem der Minderjährige angehört, erklärt jedoch in anderer Hinsicht die Behörden des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts für zuständig, zum Schutz der Person oder des Vermögens des Minderjährigen Maßnahmen zu treffen. Nach Art. 7 sind diese Maßnahmen in allen Vertragsstaaten anzuerkennen; sind jedoch Vollstreckungshandlungen in einem anderen Staat erforderlich, so bestimmen sich ihre Anwendung und ihre Vollstreckung entweder nach dem innerstaatlichen Recht des Staates, in dem die Vollstreckung beantragt wird, oder nach zwischenstaatlichen Übereinkünften. Art. 9 — auf den die Regeln über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung nach Art. 7 allerdings keine Anwendung finden — sieht vor, dass in allen dringenden Fällen die Behörden jedes Vertragsstaats, in dessen Hoheitsgebiet sich der Minderjährige oder ihm gehörendes Vermögen befindet, die notwendigen Schutzmaßnahmen zu treffen haben.

44. Im Übereinkommen von 1996 findet sich keinerlei Bezugnahme auf die Staatsangehörigkeit mehr; stattdessen ist die Zuständigkeit in allen Fragen der elterlichen Verantwortung (wobei dieser Begriff im Wesentlichen in Art. 3 umrissen ist) den Behörden, seien es Gerichte oder Verwaltungsbehörden, des Vertragsstaats zugewiesen, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Nach Art. 11 können aber in allen dringenden Fällen die Behörden jedes Vertragsstaats, in dem sich das Kind oder ihm gehörendes

20 — Oben in Fn. 3 angeführt. Das Haager Übereinkommen von 1980 wurde von allen Mitgliedstaaten ratifiziert.

21 — Geschlossen am 20. Mai 1980 in Luxemburg, Sammlung der Europäischen Verträge Nr. 105 (im Folgenden: Europäisches Übereinkommen von 1980). Nach aktuellem Stand wurde es von allen Mitgliedstaaten außer Slowenien ratifiziert.

Vermögen befindet, die erforderlichen Schutzmaßnahmen treffen, die jedoch außer Kraft treten, sobald Behörden des Staats des gewöhnlichen Aufenthalts die durch die Umstände gebotenen Maßnahmen getroffen haben. Gemäß Art. 12 können die Behörden eines Vertragsstaats, in dem sich das Kind oder ihm gehörendes Vermögen (nicht aufgrund eines widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens) befindet, vorläufige und auf das Hoheitsgebiet dieses Staates beschränkte Schutzmaßnahmen treffen. Die Art. 23 bis 28 sehen die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung in vergleichbarer Weise wie die Verordnung, allerdings mit allgemeineren Formulierungen vor. Bezeichnenderweise erlaubt Art. 23 Abs. 2 Buchst. a die Nachprüfung der Zuständigkeit des Gerichts des Ursprungsmitgliedstaats.

45. Das Haager Übereinkommen von 1980 bezweckt, a) die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder sicherzustellen und b) zu gewährleisten, dass das in einem Vertragsstaat bestehende Sorgerecht und Recht zum persönlichen Umgang in den anderen Vertragsstaaten tatsächlich beachtet wird (Art. 1). In dem Übereinkommen heißt es u. a., dass das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes als widerrechtlich gilt, wenn a) dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und b) dieses Recht zum Zeitpunkt des Verbringens allein oder gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, falls das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte, wobei das fragliche Sorgerecht insbesondere kraft Gesetzes, aufgrund einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung oder aufgrund einer nach dem Recht des betreffenden Staates wirksamen Vereinbarung bestehen kann (Art. 3). Nach Art. 16 dürfen Behörden, denen das widerrechtliche Verbringen oder Zurückhalten mitgeteilt worden ist, eine Entscheidung über das Sorgerecht erst treffen, wenn entschieden ist, dass das Kind nicht zurückzugeben ist, oder wenn innerhalb angemessener Frist kein Antrag gestellt wird.

46. Das Europäische Übereinkommen von 1980 enthält keine Zuständigkeitsvorschriften, normiert aber als allgemeine Regel die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung der in einem Vertragsstaat ergangenen Sorgerechtsentscheidungen mit bestimmten Ausnahmen, die mit den Ausnahmetatbeständen des Art. 23 der Verordnung [22] vergleichbar, jedoch umfassender ausgestaltet sind. Insbesondere kann die Zuständigkeit der die Entscheidung treffenden Behörde bei Vorliegen bestimmter Gründe in Frage gestellt werden (Art. 9 Abs. 1 Buchst. b und Art. 10 Abs. 1). Eine Differenzierung je nachdem, ob die Maßnahmen einstweilig bzw. dringend sind oder nicht, ist jedoch nicht vorgesehen. Darüber hinaus ist in dem Übereinkommen ein allgemeiner verfahrensrechtlicher Rahmen für die Erwirkung der Anerkennung und Vollstreckung festgelegt, der jedoch nicht so

22 — Vgl. oben, Nr. 18.

detailliert gehalten ist wie in der Verordnung (Art. 13 bis 16).

47. Auch auf die Bestimmungen dieser Übereinkommen werde ich verweisen, soweit dies für die Auslegung der Verordnung sachdienlich ist.

Bilateraler Vertrag zwischen Deutschland und Spanien

48. Am 14. November 1983 wurde in Bonn ein bilateraler Vertrag zwischen Deutschland und Spanien über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Vergleichen sowie vollstreckbaren öffentlichen Urkunden in Zivil- und Handelssachen [23] geschlossen. Darin ist die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen (einschließlich Entscheidungen in den Ehe- oder Familienstand betreffenden Angelegenheiten) vorgesehen, die ein nach den Bestimmungen des Vertrags zuständiges Gericht eines der beiden Staaten erlässt. Der Vertrag wird in der im vorliegenden Fall streitigen einstweiligen Anordnung erwähnt. Gemäß Art. 59 Abs. 1 der Verordnung ersetzt diese jedoch (vorbehaltlich bestimmter hier nicht relevanter anderer Bestimmungen) „die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung bestehenden, zwischen zwei oder mehr Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkünfte, die in dieser Verordnung geregelte Bereiche betreffen".

Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefrage

49. Die Mutter der Zwillinge, für die das Sorgerecht im Streit ist, ist deutsche Staatsangehörige. Der Vater ist spanischer Staatsangehöriger. Sie waren nicht verheiratet, lebten jedoch von Mitte 2005 bis Anfang 2007 in Spanien zusammen. Die Kinder — M, ein Junge, und S, ein Mädchen — kamen am 31. Mai 2006 als Frühgeburten zur Welt. Ihr Zustand erforderte anschließend eine mehrmonatige stationäre Versorgung. M konnte das Krankenhaus im September 2006 verlassen, S hingegen wurde erst im März 2007 entlassen.

23 — Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Spanien über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Vergleichen sowie vollstreckbaren öffentlichen Urkunden in Zivil- und Handelssachen; Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil (im Folgenden: bilateraler Vertrag von 1983).

50. Zu diesem Zeitpunkt wollten die Eltern jedoch nicht mehr zusammenleben. Am 25. Januar 2007 unterzeichneten sie eine Vereinbarung zur Regelung der Beendigung ihrer Beziehung. Was die Kinder betrifft, sollte die elterliche Gewalt und das Sorgerecht zwar bei beiden Elternteilen verbleiben, die Mutter sollte jedoch mit beiden Zwillingskindern nach Deutschland zurückkehren, wo dem Vater ein Umgangsrecht zustehen sollte.

51. Diese Vereinbarung wurde sodann am 30. Januar 2007 von einem Notar im Beisein und mit Zustimmung beider Parteien in Form einer *convenio regulador* (einer Vereinbarung zur Regelung der Beendigung einer Ehe oder einer entsprechenden Beziehung, die zu ihrer Vollstreckbarkeit der Genehmigung durch ein Gericht bedarf [24]) beurkundet. In der notariellen Urkunde heißt es, dass die Vereinbarung zur Entfaltung ihrer vollen Wirksamkeit von einem Gericht genehmigt werden muss [25] und dass sich die Parteien ausdrücklich etwaigen späteren gerichtlichen Entscheidungen über die von der Vereinbarung erfassten Angelegenheiten unterwerfen.

52. Da S jedoch vor dem geplanten Reisetermin, dem 2. Februar 2007, nicht aus dem Krankenhaus entlassen werden konnte, flog die Mutter an diesem Tag nur mit dem Zwillingskind M sowie einem aus einer früheren Beziehung hervorgegangenen älteren Sohn nach Deutschland.

24 — Art. 81, 86 und 90 des spanischen Zivilgesetzbuchs; Art. 777 des Ley de enjuiciamiento civil (Zivilprozessgesetz, im Folgenden: LEC).

25 — Vgl. Art. 46 der Verordnung, oben in Nr. 23 wiedergegeben. Offenbar wurde in der Folgezeit jedoch eine solche gerichtliche Genehmigung nicht erlangt.

Vom Vater in Spanien eingeleitetes Verfahren

53. Am 28. Juni 2007 beantragte der Vater bei seinem örtlichen erstinstanzlichen Gericht (dem Juzgado de Primera Instancia No 4 de San Lorenzo de El Escorial, im Folgenden: spanisches Gericht) als „sofortige und dringende einstweilige Maßnahme“ [26], ihm das Sorgerecht für beide Kinder zu übertragen, die sofortige Rückkehr von M nach Spanien anzuordnen und die Mutter zu monatlichen Unterhaltszahlungen in Höhe von 300 Euro je Kind zu verpflichten.

54. Das spanische Gericht prüfte ausdrücklich, ob es zur Anordnung solcher Maßnahmen zuständig sei, und bejahte diese Frage.

55. Im Beschluss des spanischen Gerichts heißt es, dass sich der Vater mit seinem Antrag auf einstweilige Maßnahmen auf die Art. 1 und 2 des Haager Übereinkommens von 1980, auf die Verordnung sowie auf Art. 8 des bilateralen Vertrags von 1983 über die Zuständigkeit der spanischen Gerichte berufe.

26 — Nach Art. 771 LEC können offenbar „vorab“ einstweilige Maßnahmen vor Stellung eines Antrags auf Ehescheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder Ungültigerklärung der Ehe beantragt werden, vorausgesetzt, der Antrag in der Hauptsache wird innerhalb einer bestimmten Frist gestellt — andernfalls werden die Maßnahmen unwirksam. Dieses Verfahren scheint im vorliegenden Fall, in dem die Eltern nicht verheiratet waren, entsprechend beantragt und durchgeführt worden zu sein. Vgl. weiter hierzu unten, Fn. 34.

56. Darüber hinaus wird ausgeführt, dass die Mutter zur mündlichen Verhandlung am 26. September 2007 nicht persönlich erschienen sei [27], jedoch eigene schriftliche Erklärungen in deutscher Sprache eingereicht habe (die ins Spanische übersetzt und vom Gericht berücksichtigt worden seien), mit denen sie die Zuständigkeit der spanischen Gerichte bestritten und die Durchführung des Verfahrens in Deutschland beantragt habe, wo dieses inzwischen eingeleitet worden sei [28]. Sie sei zudem vor Gericht durch einen Anwalt vertreten gewesen, der geltend gemacht habe, dass M aufgrund der notariellen Vereinbarung rechtmäßig nach Deutschland verbracht worden sei und dass die Interessen des Kindes dort zu wahren seien.

57. Seine Zuständigkeit nimmt das spanische Gericht in einer allgemeinen Formulierung angesichts „der angeführten europäischen Gesetzgebung und der zwischen Spanien und Deutschland geschlossenen Übereinkommen“ an. Konkret führt es Art. 769 Abs. 3 LEC an, der die Zuständigkeit in Verfahren, die ausschließlich das Sorgerecht oder Ansprüche zwischen Eltern auf Unterhaltszahlungen für ein Kind betreffen, dem erstinstanzlichen Gericht des letzten gemeinsamen Wohnsitzes der Eltern zuweise. Da sich der ständige Wohnsitz von M bis zum 2. Februar 2007 in Spanien befunden habe, verweist das spanische Gericht außerdem auf Art. 1 des Haager Übereinkommens von 1980, der die Zuständigkeit des Gerichts am Wohnsitz des Minderjährigen begründe.

58. Des Weiteren zieht das spanische Gericht ausdrücklich Art. 19 der Verordnung über die Rechtshängigkeit heran und führt aus, dass — sollte das von der Mutter in Deutschland eingeleitete Verfahren [29] denselben Anspruch betreffen wie der früher gestellte Antrag des Vaters in Spanien — das deutsche Gericht das bei ihm anhängige Verfahren aussetzen müsse.

59. Das spanische Gericht nimmt allerdings keinen Bezug auf Art. 20 der Verordnung betreffend einstweilige Maßnahmen einschließlich Schutzmaßnahmen in dringenden Fällen. Das könnte darauf hindeuten, dass es sich für in der Hauptsache zuständig erachtete und nicht bloß eine begrenztere (aufgrund einer Erlaubnis und nur ausnahmsweise bestehende) Zuständigkeit zur Anordnung dringender einstweiliger Maßnahmen oder Schutzmaßnahmen in Bezug auf die in seinem örtlichen Zuständigkeitsbereich befindlichen Personen annahm.

60. Das spanische Gericht stellt zudem fest, dass die Staatsanwaltschaft, die sich für seine Zuständigkeit ausgesprochen habe, die Rechtmäßigkeit der Ausreise von M aus Spanien bezweifelt habe, da die notarielle Vereinbarung nicht gerichtlich genehmigt worden sei. [30] Im Weiteren erwähnt das Gericht

27 — In ihren dem Gerichtshof eingereichten Erklärungen gibt sie an, sie habe sich um M kümmern müssen, der damals krank gewesen sei.

28 — Am 20. September 2007; vgl. unten, Nrn. 67 ff.

29 — Vgl. unten, Nrn. 67 ff.

30 — Vgl. oben, Nr. 51, sowie den in Nr. 23 wiedergegebenen Art. 46 der Verordnung.

(wenngleich nicht ausdrücklich zur Begründung seiner Zuständigkeit), der Vater habe geltend gemacht, dass er durch Druck oder Täuschung zur Unterzeichnung der Vereinbarung veranlasst worden sei und dass er sich noch am selben Tag, an dem er die notarielle Urkunde unterzeichnet habe, bei der Polizei gemeldet habe, um die Mutter an der Abreise mit den Kindern nach Deutschland zu hindern.

61. Bei einer Gesamtbetrachtung dieser Aspekte könnte der Eindruck entstehen, dass das spanische Gericht der Ansicht war, es liege ein widerrechtliches Verbringen des M im Sinne der Verordnung und des Haager Übereinkommens von 1980 vor, so dass es nach Art. 10 der Verordnung zuständig geblieben sei. Allerdings findet sich in dem Beschluss weder eine ausdrückliche Bezugnahme auf Art. 10 noch auf Art. 8, obwohl sich das Gericht nach der letztgenannten Vorschrift auch aufgrund seiner Auffassung hinsichtlich des gewöhnlichen Aufenthalts von M für zuständig hätte halten können [31].

62. Nach der Feststellung, dass es für die Anordnung der beantragten Maßnahmen zuständig sei, erließ das spanische Gericht am 8. November 2007 einen Beschluss, der hinsichtlich des Sorgerechts am 28. November 2007 berichtigt wurde (im Folgenden: streitiger Beschluss). Als dringende und sofortige Schutzmaßnahme ordnete das spanische Gericht Folgendes einstweilig an:

— Übertragung des Sorgerechts für die Zwillinge an den Vater [32], während die *patria potestad* (elterliche Gewalt, Rechte und Pflichten) bei beiden Elternteilen verbleibt; in diesem Zusammenhang wird die Mutter zur Rückgabe von M an dessen Vater in Spanien verpflichtet, behält aber ein unbeschränktes Recht zum Umgang mit beiden Kindern;

— Verbot, die Kinder ohne vorherige Genehmigung aus dem spanischen Hoheitsgebiet zu verbringen;

— Verbleib der Reisepässe der Kinder beim Vater;

— Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung für jeden Wohnungswechsel der Kinder;

— keine Verpflichtung der Mutter zu Unterhaltsleistungen für die Kinder.

63. Aus einer dem streitigen Beschluss beigefügten Gerichtsurkunde vom 11. Januar 2008 und aus den in der Urkunde angeführten Art. 451 und 452 LEC ergibt sich, dass bei demselben Gericht innerhalb von fünf Tagen ein Antrag (recurso de reposición) auf

31 — War umgekehrt der Umzug von M nach Deutschland rechtmäßig, hätte sich aus Art. 8 in Verbindung mit Art. 9 ergeben, dass er dort einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt erlangt hatte, der die Zuständigkeit der deutschen Gerichte begründete.

32 — Vor der Berichtigung war mit dem Beschluss die Übertragung des *gemeinsamen* Sorgerechts an den Vater erfolgt; dies wird in dem Berichtigungsbeschluss als „Tatsachenirrtum“ bezeichnet.

Aufhebung oder Abänderung des Beschlusses hätte gestellt werden können. In ihren beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen führt die spanische Regierung aus, dass gegen eine einstweilige Anordnung wie den streitigen Beschluss kein Rechtsbehelf gegeben sei, dass aber im Zuge des anschließenden Hauptsacheverfahrens eine Änderung möglich sei. Einstweilige Maßnahmen würden nur wirksam, wenn nachfolgend ein Antrag in der Hauptsache gestellt werde, und im vorliegenden Fall sei anschließend im Januar 2008 ein Verfahren durchgeführt worden.

64. Ebenfalls am 11. Januar 2008 stellte das spanische Gericht eine Bescheinigung in der in Anhang II der Verordnung aufgeführten Form aus. [33] In dieser Bescheinigung heißt es u. a., dass es sich bei der Entscheidung nicht um ein Versäumnisurteil handele, dass sie nach dem Recht des Ursprungsmitgliedstaats vollstreckbar sei, dass sie der Mutter, gegen die die Vollstreckung betrieben werden solle, zugestellt worden sei und dass sie auch die Rückgabe des Kindes an den Vater verlange.

65. In den vom Bundesgerichtshof übermittelten deutschen Gerichtsakten befinden sich von der Rechtsanwältin der Mutter in Deutschland vorgelegte Schriftsätze, in denen sie erklärt, dass der Beschluss vom 8. November 2007 ihrem Rechtsanwalt in Spanien am 16. November 2007 mitgeteilt worden sei und dass sie davon ausgehe, dass der Rechtsanwalt des Vaters am selben Tag ebenfalls eine Mitteilung erhalten habe. Die Mutter gibt ferner an, dass die Klage des Vaters in der Hauptsache am 21. Januar 2008 beim spanischen Gericht erhoben worden sei, während eine Klageerhebung innerhalb einer Frist von 30 Arbeitstagen nach der Mitteilung erforderlich gewesen wäre, um die einstweilige Anordnung wirksam werden zu lassen. [34]

66. Darüber hinaus hat die deutsche Rechtsanwältin der Mutter auf Fragen des Gerichtshofs angegeben, dass das spanische Gericht am 28. Oktober 2008 seine internationale Zuständigkeit bestätigt und sich erneut als „zuerst angerufenes Gericht“ im Sinne von Art. 19 Abs. 2 der Verordnung bezeichnet habe. Daraufhin legte die Mutter Rechtsmittel bei der Audiencia Provincial (Provinzgericht) in Madrid ein, mit dem sie die Annahme der

33 — Vgl. oben, Nr. 21. Der Bescheinigungsvordruck bezieht sich auf Entscheidungen über die elterliche Verantwortung. Obwohl mit einer der angeordneten Maßnahmen die Mutter zur Rückgabe von M an den Vater verpflichtet wurde, verwendete das spanische Gericht nicht den Vordruck in Anhang IV, der für Entscheidungen über die Rückgabe des Kindes nach Entführungen, einer ersten Anordnung der Rückgabe des Kindes und einer Entscheidung über die Nichtrückgabe gemäß dem Haager Übereinkommen von 1980 vorgesehen ist (vgl. die Art. 11 Abs. 8, 40 Abs. 1 Buchst. b und 42 der Verordnung sowie Art. 13 des Haager Übereinkommens von 1980).

34 — Dies beruht anscheinend auf Art. 771 Abs. 5 LEC („Los efectos y medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo sólo subsistirán si, dentro de los *treinta días siguientes a su adopción* se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio“ — Hervorhebung nur hier). Art. 771, auf den das spanische Gericht in seinem Beschluss verweist, betrifft einstweilige Maßnahmen vor einem Antrag auf Ungültigerklärung der Ehe, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder Ehescheidung. Nach Art. 772 Abs. 1 werden die zuvor erlassenen einstweiligen Maßnahmen in das neue Verfahren übernommen, sofern der genannte Antrag zulässig ist. Die Eltern waren zwar nicht verheiratet, jedoch sind diese Vorschriften offenbar entsprechend anwendbar aufgrund — wie die spanische Regierung erklärt hat — Art. 748 Abs. 4, da nach dieser Bestimmung der Titel, zu der sie gehört, Verfahren regelt, die ausschließlich das Sorgerecht für Minderjährige betreffen.

Zuständigkeit in der Hauptsache rügte. Kurz vor der mündlichen Verhandlung im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren wies das Rechtsmittelgericht diese Rüge zurück, bestätigte die Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts für *beide* Zwillinge und verwies in seiner Entscheidung auf Art. 20 der Verordnung. Eine weitere Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts in der Hauptsache war indessen noch nicht ergangen.

Von der Mutter in Deutschland eingeleitetes Verfahren

67. Am 20. September 2007 — also als das oben beschriebene Verfahren in Spanien bereits anhängig war, jedoch noch vor Erlass des streitigen Beschlusses — hatte die Mutter ein Verfahren beim Amtsgericht Albstadt eingeleitet und beantragt, ihr das Sorgerecht für beide Kinder zu übertragen.

68. Dem Vorlagebeschluss zufolge wurde dieses Sorgerechtsverfahren nach Art. 16 des Haager Übereinkommens von 1980 zurückgestellt [35]. Das Amtsgericht Stuttgart, an das die Sache dann aus prozessualen Gründen abgegeben wurde, bezweifelt seine Zuständigkeit und beabsichtigt eine Aussetzung des Verfahrens nach Art. 19 Abs. 2 der Verordnung im Hinblick auf das in Spanien anhängige Hauptsacheverfahren.

69. Ausweislich der einschlägigen gerichtlichen Entscheidungen, die die Rechtsanwältin der Mutter auf Ersuchen des Gerichtshofs vorgelegt hat, setzte das Amtsgericht das Verfahren aus den genannten Gründen am 8. Dezember 2008 aus. Diese Entscheidung wurde jedoch auf Rechtsmittel der Mutter vom Oberlandesgericht Stuttgart am 14. Mai 2009 aufgehoben. Das Oberlandesgericht stellte fest, dass das spanische Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz geführt worden sei, während das deutsche Verfahren die endgültige Zuerkennung des Sorgerechts betreffe; die beiden Verfahren seien daher nicht auf denselben Anspruch im Sinne von Art. 19 Abs. 2 gerichtet, so dass das vorinstanzliche Gericht seine Zuständigkeit unter diesem Gesichtspunkt erneut zu prüfen habe.

70. Mit Beschluss vom 8. Juni 2009 erklärte das Amtsgericht jedoch, dass es immer noch an seiner Zuständigkeit zweifle — und zwar im Wesentlichen deshalb, weil ungewiss sei, ob der Umzug von M nach Deutschland rechtmäßig gewesen sei und damit die Zuständigkeit der deutschen Gerichte nach Art. 9 der Verordnung begründet habe oder ob der Umzug widerrechtlich gewesen sei, so dass nach Art. 10 weiterhin die spanischen Gerichte zuständig seien. Außerdem vertrat das Amtsgericht die Auffassung, die Frage der Zuständigkeit könne nur beantwortet

35 — Vgl. oben, Nr. 45.

werden, indem dem Gerichtshof eine Frage zur Klärung vorgelegt werde. [36]

Vom Vater in Deutschland eingeleitetes Verfahren

71. Im Ausgangsverfahren, das dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen zugrunde liegt, beantragt der Vater die Vollstreckbarerklärung des streitigen Beschlusses in Deutschland.

72. Dem Vorlagebeschluss zufolge hatte er zunächst hauptsächlich Herausgabe des M verlangt und nur vorsorglich die Vollstreckbarerklärung des streitigen Beschlusses beantragt. Später habe er jedoch vorrangig die Vollstreckbarkeitserklärung betrieben.

73. Die vom nationalen Gericht dem Gerichtshof übermittelten Akten enthalten beglaubigte Ausfertigungen (sowie beglaubigte deutsche Übersetzungen) des ursprünglichen Beschlusses und des Berichtigungsbeschlusses des spanischen Gerichts sowie eine Bescheinigung des spanischen Gerichts vom 11. Januar 2008 in der in Anhang II der Verordnung vorgegebenen Form.

74. Entsprechend versahen die zuständigen Gerichte in der ersten und in der Beschwerdeinstanz (wiederum das Amtsgericht und das Oberlandesgericht Stuttgart) die Entscheidung des spanischen Gerichts mit einer Vollstreckungsklausel und drohten der Mutter ein Ordnungsgeld für den Fall der Zuwiderhandlung an. Gegen diese Entscheidungen legte sie Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof ein, der die Entscheidung des Beschwerdegerichts wie folgt zusammenfasst.

75. Gründe, die einer Vollstreckbarkeit der Entscheidung des spanischen Gerichts entgegenstünden, seien nicht ersichtlich. Zwar handele es sich um eine einstweilige Maßnahme, Art. 2 Nr. 4 der Verordnung unterscheide im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung aber nicht nach der Entscheidungsform. Auch wenn die Kinder nicht von dem spanischen Gericht angehört worden seien, verletze dies keine wesentlichen verfahrensrechtlichen Grundsätze des deutschen Rechts, zumal die Kinder zum Zeitpunkt der Entscheidung erst eineinhalb Jahre alt gewesen seien. Die Mutter mache zwar geltend, wegen einer verspäteten Einleitung des Hauptsacheverfahrens sei die spanische Entscheidung nicht vollstreckbar, jedoch habe das spanische Gericht eine Bescheinigung nach Art. 39 der Verordnung ausgestellt. Auch Gründe für eine Versagung der Vollstreckung nach Art. 23 der Verordnung lägen nicht vor. Es sei kein Verstoß gegen den

36 — Bisher ist beim Gerichtshof noch keine solche Frage des Amtsgerichts eingegangen — das vor Inkrafttreten des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union am 1. Dezember 2009 zur Vorlage einer Frage in diesem Bereich tatsächlich auch gar nicht befugt war.

deutschen ordre public ersichtlich; das rechtliche Gehör der Mutter sei durch ihre Ladung zum Gerichtstermin gewahrt gewesen. Dass sie den Termin nicht persönlich wahrgenommen, sondern sich lediglich anwaltlich habe vertreten lassen, beruhe auf ihrer eigenen Entscheidung. Eine Sachprüfung des in Spanien entschiedenen Sorgerechtsverfahrens sei dem Gericht im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren verwehrt.

76. Die Mutter macht vor dem Bundesgerichtshof geltend, die Anerkennungs- und Vollstreckungsvorschriften der Verordnung erfassten nicht einstweilige Maßnahmen nach Art. 20, weil diese nicht als „Entscheidungen über die elterliche Verantwortung" im Sinne von Art. 2 Nr. 4 zu qualifizieren seien.

77. Der Bundesgerichtshof hat verschiedene in der Literatur vorgeschlagene Ansätze geprüft.

78. Eine erste Gruppe von Autoren nehme Maßnahmen, die unter den in Art. 20 Abs. 1 der Verordnung geregelten Voraussetzungen getroffen werden, vom Anwendungsbereich der Vorschriften über die Anerkennung und Vollstreckung aus. Die Bestimmung sei eine reine Zuständigkeitsregelung — eine Auffassung, für die auch das Urteil in der Rechtssache A [37] sprechen könne, wonach einstweilige Maßnahmen im Sinne von Art. 20 der Verordnung vorübergehender Art sein müssten und sich deren Durchführung und Bindungswirkung nach nationalem Recht bestimme. Vorausgesetzt, dass beide Parteien gehört würden, seien einstweilige Maßnahmen (mit Ausnahme von Maßnahmen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung) nach Maßgabe des Brüsseler Übereinkommens und der Verordnung Nr. 44/2001 anzuerkennen und zu vollstrecken, wobei lediglich die Einschränkungen zu beachten seien, die der Gerichtshof vorsehe. Auf den ersten Blick erscheine die Rechtslage nach der aktuellen Verordnung zwar vergleichbar, jedoch betreffe Art. 20 Abs. 1 Maßnahmen nach dem Recht eines Mitgliedstaats „in Bezug auf in diesem Staat befindliche Personen oder Vermögensgegenstände" und schaffe damit eine Verknüpfung zwischen dem Gegenstand der Maßnahme und der gebietsbezogenen Zuständigkeit. Aus den Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Nr. 4 und 20 Abs. 1 folge, dass der Geltungsbereich der Bestimmungen der Verordnung über die Anerkennung und Vollstreckung auf Entscheidungen in der Hauptsache beschränkt sei.

79. Eine zweite Gruppe wolle den Geltungsbereich von Art. 2 Nr. 4 der Verordnung auf solche vorläufigen Anordnungen ausdehnen, die ein zuständiges Gericht in einem Hauptsacheverfahren erlasse, soweit das rechtliche Gehör zumindest nachträglich gewährt werde. Anders als das Brüsseler Übereinkommen und die Verordnung Nr. 44/2001 diene die aktuelle Verordnung der Handhabung von Dreiecksverhältnissen, bei denen einer dritten Person, nämlich dem Kind, besondere Schutzbedürftigkeit zukomme. Das rechtliche Gehör müsse daher in irgendeinem Stadium,

37 — Urteil vom 2. April 2009 (C-523/07, Slg. 2009, I-2805).

und sei es erst nach Erlass einer einstweiligen Anordnung, gewährleistet sein. [38]

80. Eine dritte Gruppe wolle die Geltung der Verordnung auf einstweilige Maßnahmen beschränken, die nach Gewährung rechtlichen Gehörs erlassen worden seien. Eine bloße nachträgliche Befriedigung des Anspruchs auf ein faires Verfahren reiche nicht. Es sei ein Grundfehler der Verordnung, dass sie die für kontradiktorische Verfahren konzipierten Instrumente für Sorgerechtssachen übernehme; dies dürfe nicht zulasten des ausgewogenen Systems des Haager Übereinkommens von 1980 ausgedehnt werden.

81. Eine vierte Gruppe schließlich befürworte eine umfassende Einbeziehung einstweiliger Maßnahmen in das System der Verordnung zur Anerkennung und Vollstreckung. Einige Vertreter dieser Auffassung sähen Maßnahmen nach Art. 20 der Brüssel-IIa-Verordnung als Entscheidungen im Sinne von Art. 2 Nr. 4 an, während andere dies ablehnten, jedoch herrsche Einigkeit, dass auf solche Maßnahmen die Vorschriften der Art. 21 ff. anwendbar seien.

82. Die Entscheidung über die von der Mutter erhobene Beschwerde und über den Antrag des Vaters auf Anerkennung des streitigen Beschlusses falle daher je nachdem, welcher Ansicht man folge, unterschiedlich aus. Ebenso wie das Beschwerdegericht geht jedoch auch der Bundesgerichtshof davon aus, dass der Beschluss nicht den deutschen ordre public verletze, dass die Mutter hinreichend Gelegenheit gehabt habe, ihre Auffassung vor dem spanischen Gericht vorzutragen, und dass der Umstand, dass ein 18 Monate altes Kind nicht gehört worden sei, kein Grund sei, die Anerkennung und Vollstreckung des Beschlusses zu versagen.

83. Angesichts dieser Erwägungen hat der Bundesgerichtshof um eine Vorabentscheidung folgender Frage ersucht:

Sind die Vorschriften der Art. 21 ff. der Verordnung über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten nach Art. 2 Nr. 4 der Verordnung auch auf vollstreckbare einstweilige Maßnahmen hinsichtlich des Sorgerechts im Sinne von Art. 20 der Verordnung anwendbar?

84. In Beantwortung einer Frage des Gerichtshofs, ob das Eilverfahren nach Art. 104b der Verfahrensordnung angewandt werden sollte, hat der Bundesgerichtshof mitgeteilt, dass er einen solchen Schritt nicht für erforderlich halte. Der Gerichtshof hat das Eilverfahren auch nicht von Amts wegen eingeleitet, allerdings hat der Präsident angeordnet, dass die Rechtssache gemäß Art. 55 § 2 Unterabs. 1 der Verfahrensordnung mit Vorrang entschieden wird.

38 — Vgl. Urteil vom 16. Juni 1981, Klomps (166/80, Slg. 1981, 1593).

85. Die Mutter, die deutsche, die italienische, die portugiesische, die spanische, die tschechische, die ungarische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. In der Sitzung vom 17. März 2010 waren diese Verfahrensbeteiligten mit Ausnahme der italienischen, der portugiesischen und der ungarischen Regierung vertreten und haben mündlich verhandelt. Der Vater hat keine Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben.

87. Berührt ein solcher Rechtsstreit mehrere Länder und mehrere Rechtssysteme — wie es in der heutigen Europäischen Union immer häufiger vorkommt —, kann noch erschwerend hinzutreten, dass Unsicherheit darüber herrscht, welche Stellen zuständig sind, und dass ein Elternteil wahrscheinlich mit einem Rechtssystem konfrontiert wird, das ihm sogar noch weniger vertraut ist als sein eigenes, und dies häufig auch noch in einer Sprache, die nicht seine eigene ist.

Würdigung

88. Als wenn das noch nicht ausreichte, herrscht in der öffentlichen Meinung der weitverbreitete, halbausgesprochene Verdacht — der häufig von den Boulevardmedien genährt wird, die gerne solche fesselnden Geschichten über persönliche Schicksale aufgreifen —, dass ausländische Gerichte weniger gerecht seien als die Gerichte des eigenen Landes und zu einer unfairen Begünstigung ihrer eigenen Staatsangehörigen neigten.

Allgemeine Erwägungen

86. Auseinandersetzungen über das Sorgerecht für die Kinder nach einem Scheitern der Beziehung der Eltern gehören zu den bittersten und emotional aufgeladensten Rechtsstreitigkeiten, die die Gerichte zu entscheiden haben. Das Bemühen um einen Ausgleich der mit solchen Streitigkeiten verbundenen, elementaren Gefühle stellt Berater, Sozialarbeiter und Juristen gleichermaßen vor schwierige Aufgaben. Soweit eine gerichtliche Entscheidung erforderlich ist, wird diese in vielen Fällen von mindestens einem betroffenen Elternteil als ungerecht empfunden.

89. Solche Schwierigkeiten lassen sich nicht durch den Erlass von Rechtsvorschriften aus der Welt schaffen. Sie verdeutlichen jedoch, wie unbedingt notwendig ein klares, EU-weites Regelwerk über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in diesem Bereich ist, in dem Verzögerungen und Unsicherheiten dem Wohl der Hauptbetroffenen — der Kinder — besonders abträglich sein können. Ein solches Regelwerk will die Verordnung zur Verfügung stellen. Soweit Zweifel herrscht (und dies scheint — jedenfalls unter den vom Bundesgerichtshof zitierten deutschen Rechtswissenschaftlern — bezüglich einiger Problemkreise der Fall zu sein), muss

ihre Auslegung vom Gerichtshof klargestellt werden. [39]

90. Dieses Regelwerk muss sachlich und ungeachtet seiner etwaigen Auswirkungen auf die Entscheidung in der Hauptsache angewandt werden. Es ist rein verfahrensrechtlicher Natur. Sein Zweck besteht erstens darin, dass die Fragen in der Hauptsache zügig — nicht hastig, aber ohne die Verzögerungen, die sich aufgrund langwieriger Auseinandersetzungen über die Zuständigkeit ergeben können — von einem Gericht entschieden werden, dessen Zuständigkeit sich klar entsprechend dem Wohl des Kindes und insbesondere nach dem Kriterium der örtlichen Nähe bestimmen lässt, und zweitens darin, dass die Entscheidungen dieses Gerichts — wiederum unverzüglich — in der gesamten Europäischen Union volle Wirksamkeit erlangen.

91. Was den Zuständigkeitskomplex betrifft, wurde die Verordnung mit dem Ziel konzipiert, einen klaren Rahmen für die Bestimmung des zuständigen Gerichts zu schaffen. Allerdings wird es zwangsläufig Fälle geben, in denen ein gewisses Maß an Unsicherheit auftritt. Aus diesem Grund und wegen der Gefahr, dass ein enttäuschter Elternteil die Entscheidung eines Gerichts, sich für zuständig zu erklären, als mit der — an sich bereits wahrscheinlich als ungerecht empfundenen — negativen Entscheidung in der Hauptsache verbunden ansieht, erscheint es von wesentlicher Bedeutung, dass die Feststellungen zur Zuständigkeit in jedem einzelnen Fall so explizit, so klar und so sorgfältig wie möglich begründet werden. Es ist bedauerlich, dass der streitige Beschluss dieses wesentliche Ziel nicht erreicht.

92. Was den Komplex der Anerkennung und Vollstreckung angeht, geht die Verordnung von einem besonders hohen Maß an gegenseitigem Vertrauen aus, indem sie die Anerkennung ohne Rückgriff auf ein besonderes Verfahren verlangt, die Gründe für eine Nichtanerkennung auf ein Minimum beschränkt und sowohl die Nachprüfung der Zuständigkeit des Gerichts des Ursprungsmitgliedstaats als auch die Nachprüfung der Entscheidung dieses Gerichts in der Sache verbietet. Ein derartiges Maß an gegenseitigem Vertrauen — das zur Vermeidung der Verzögerungen und Konflikte, die andernfalls Verfahren dieser Art belasten würden, unerlässlich ist — erlegt wiederum dem sich für zuständig erklärenden Gericht ein hohes Maß an Verantwortung auf und erfordert angemessene Verfahrensgarantien im Ursprungsmitgliedstaat, da der dort ergehende Beschluss im Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsstaat in der Regel nicht angefochten werden kann.

93. Diesen Gedanken könnte ich auch nicht besser formulieren als dies im Rahmen einer Initiative zum Erlass einer Richtlinie über

39 — Vgl. auch die Stellungnahme von Generalanwalt Bot in der Rechtssache Detiček (C-403/09 PPU, Urteil vom 23. Dezember 2009, Slg. 2009, I-12193, Nrn. 70 bis 74).

die Rechte auf Dolmetschleistungen und auf Übersetzungen in Strafverfahren geschehen ist, die einen Tag nach der mündlichen Verhandlung des vorliegenden Falls bekanntgemacht wurde.[40] Der vierte Erwägungsgrund der vorgeschlagenen Richtlinie lautet wie folgt:

„Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung kann nur in einem Klima des Vertrauens zum Tragen kommen, in dem nicht nur die Justizbehörden, sondern alle an Strafverfahren beteiligten Akteure Entscheidungen der Justizbehörden anderer Mitgliedstaaten als mit denen ihrer eigenen Justizbehörden gleichwertig ansehen; hierzu bedarf es gegenseitigen Vertrauens nicht nur in die Rechtsvorschriften seiner Partner, sondern auch in die Tatsache, dass diese ordnungsgemäß angewandt werden."

94. Meines Erachtens kann diese Aussage in ihrer Gesamtheit vom Strafprozessbereich auf Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung, das Sorgerecht und die Sorge für Kinder übertragen werden.

Zwillinge und die Verordnung

95. Ein beachtenswerter Aspekt des vorliegenden Falls ist, dass es sich um einen Rechtsstreit über das Sorgerecht für Zwillinge handelt, die derzeit in verschiedenen Mitgliedstaaten anwesend sind und in diesen Mitgliedstaaten im Sinne der Verordnung vielleicht auch ihren jeweiligen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Für alle Entscheidungen betreffend die elterliche Verantwortung, das Sorgerecht oder die Sorge gilt der höchst bedeutsame Grundsatz, dass Geschwister — und vor allem Zwillinge — zusammenbleiben sollten, sofern nicht ganz außergewöhnliche Gründe dagegen sprechen. Zum Allermindesten erscheint es unerlässlich, dass die Frage des Sorgerechts für die Kinder von ein und demselben Gericht entschieden wird — ein Gesichtspunkt, auf den auch in dem streitigen Beschluss hingewiesen wird.

96. Eine solche Situation ist in der Verordnung nicht speziell geregelt.[41] Das ist eine bedauerliche Unterlassung, wenngleich ich einsehe, dass sich die präzise Formulierung einer solchen Bestimmung als heikel erweisen könnte. Mangels einer solchen Regelung sieht die Verordnung jedoch (in Art. 15) vor, dass ein zuständiges Gericht den Fall an das

40 — Initiative des Königreichs Belgien, der Bundesrepublik Deutschland, der Republik Estland, des Königreichs Spanien, der Französischen Republik, der Italienischen Republik, des Großherzogtums Luxemburg, der Republik Ungarn, der Republik Österreich, der Portugiesischen Republik, Rumäniens, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte auf Dolmetschleistungen und auf Übersetzungen in Strafverfahren (ABl. 2010, C 69, S. 1).

41 — Es ist plausibel, dass das spanische Gericht in seinem streitigen Beschluss und die spanische Regierung in ihren Ausführungen in der mündlichen Verhandlung — auch wenn ich jeweils keine entsprechenden ausdrücklichen Hinweise gefunden habe — zu der Auffassung gelangt sind, dass Zwillingen für die Zwecke der Verordnung ein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt zu unterstellen sei und dass sie einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt erst erlangen könnten, wenn *beide* in einen neuen Mitgliedstaat ziehen. Welche Ansicht auch immer das spanische Gericht und die spanische Regierung vertreten mögen — jedenfalls ist eine solche Regel weder in der Verordnung normiert, noch lässt sie sich meines Erachtens vernünftigerweise aus der Verordnung herleiten.

Gericht eines anderen Mitgliedstaats, zu dem das Kind eine besondere Bindung hat, verweisen kann, wenn letzteres Gericht den Fall besser beurteilen kann und dies dem Wohl des Kindes dient; zu diesem Zweck schreibt die Verordnung eine Zusammenarbeit der Gerichte vor. Darüber hinaus verlangt sie (in Art. 55) von den Zentralen Behörden, zur Anwendung dieser Vorschrift die Verständigung zwischen den Gerichten zu erleichtern. Im Urteil A [42] hebt der Gerichtshof die Pflicht der nationalen Gerichte hervor, sich direkt oder durch Einschaltung ihrer Zentralen Behörden zu verständigen.

97. In einem Fall wie dem vorliegenden, in dem es um einen einzigen Streit über das Sorgerecht für beide Zwillingskinder geht und der daher zum Allermindesten eine einzige kohärente Beurteilung der Gesamtsituation erfordert, erscheint es höchst wünschenswert, dass die betroffenen Gerichte und Zentralen Behörden die Anwendung dieser Vorschriften ins Auge fassen, um zu einem Einvernehmen darüber zu gelangen, dass der Fall von ein und demselben Gericht entschieden wird, nämlich von demjenigen der beiden Gerichte, das unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere des Wohls der Zwillinge, hierzu besser in der Lage ist.

42 — In Fn. 37 angeführt, Randnrn. 61 ff. sowie Nrn. 4 und 5 des Tenors.

98. Durch ein solches — bereits in einem Frühstadium erzieltes — Einvernehmen mögen sich durchaus langwierige Rechtsmittelverfahren, Zuständigkeitsstreitigkeiten und Vorlagen an den Gerichtshof vermeiden lassen, und zwar jeweils zum Wohl der Kinder. Möglicherweise erscheint dem einen Gericht auf der Grundlage der nur von einem Elternteil vorgelegten Beweismittel eine Abgabe der Zuständigkeit an das andere Gericht gefährlich. Aber durch Verständigung und Zusammenarbeit könnte sich ein solcher erster Eindruck durchaus zerstreuen, und ein Versuch, sich zu verständigen und zusammenzuarbeiten, erscheint zum Wohl der Kinder unbedingt geboten.

99. Bedauerlicherweise liegen dem Gerichtshof jedoch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass im vorliegenden Fall eine solche Initiative ergriffen worden ist.

100. Es wäre noch bedauerlicher — und im Übrigen ein Anzeichen für ein Versagen des Gemeinschaftsgesetzgebers —, wenn eine mechanische Anwendung der Verordnung zur Folge hätte, dass die einheitliche Frage der elterlichen Verantwortung für Zwillinge ohne Weiteres zwischen zwei Gerichten in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten aufgespalten würde, die möglicherweise zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen und dadurch Konfliktsituationen heraufbeschwören, die eindeutig das Kindeswohl beeinträchtigen.

Tragweite der Vorlagefrage und des Art. 20

101. Die deutschen Gerichte müssen entscheiden, ob der streitige Beschluss nach Maßgabe der Verordnung in Deutschland anzuerkennen und zu vollstrecken ist.

102. Die Frage, die der Bundesgerichtshof dem Gerichtshof vorgelegt hat, geht im Wesentlichen dahin, ob einstweilige Maßnahmen im Sinne von Art. 20 der Verordnung, die im Erlassmitgliedstaat vollstreckbar sind, in anderen Mitgliedstaaten in der gleichen Weise anerkannt und vollstreckt werden müssen wie sonstige vollstreckbare Entscheidungen.

103. Dem liegt somit die Annahme zugrunde, dass der streitige Beschluss unter Art. 20 fällt. Es ist nicht ganz klar, worauf sich diese Annahme stützt. Sie mag sich dem Bundesgerichtshof durch die Formulierung der von der Mutter eingelegten Rechtsbeschwerde oder durch die Feststellungen des vorinstanzlichen Gerichts aufgedrängt haben, wie die deutsche Regierung in der mündlichen Verhandlung erläutert hat. Jedenfalls scheint plausibel, dass sie letztlich auf der Meinung beruht, entweder habe das spanische Gericht die in Art. 20 Abs. 1 genannten Voraussetzungen als erfüllt angesehen oder alle einstweiligen Maßnahmen fielen unter Art. 20, und zwar unabhängig davon, welches Gericht sie anordne. Sollte dies tatsächlich der Grund für die Annahme sein, halte ich jedenfalls diese Meinung in beiden Varianten für unberechtigt.

104. Was die erste Variante betrifft, wurde in mehreren der dem Gerichtshof eingereichten Erklärungen darauf hingewiesen, dass der streitige Beschluss Art. 20 überhaupt nicht erwähnt und dass sich M zum maßgebenden Zeitpunkt nicht mehr in Spanien befand. Die genaue Grundlage, auf der sich das spanische Gericht für zuständig erklärt, ist nicht angegeben. Alle Äußerungen im Beschluss des spanischen Gerichts werden jedoch verständlich, wenn man von der Hypothese ausgeht, dass es sich für in der Hauptsache zuständig für die Regelung der elterlichen Verantwortung für beide Kinder erachtet hat [43] und dass seine einstweilige Anordnung verfahrensrechtlich einen Zwischenschritt vor einer endgültigeren Entscheidung dieser Frage nach umfassenderen Ausführungen beider Elternteile im Hauptsachverfahren und nicht eine unter den Voraussetzungen von Art. 20 getroffene dringende Maßnahme darstellte.

43 — Vgl. oben, Nrn. 54 bis 61. Unter bestimmten Umständen hätte der letzte gemeinsame Wohnsitz der Eltern und der fortbestehende Wohnsitz des Vaters in Spanien eine Zuständigkeit nach Art. 12 Abs. 1 (vgl. oben, Fn. 4), der frühere gewöhnliche Aufenthalt von M in Spanien in Verbindung mit den (wenn auch etwas vagen) Einwänden des Vaters gegen den Wegzug von M eine Zuständigkeit nach Art. 10 (vgl. oben, Nr. 10) begründen können; das Kriterium der zeitlichen Abfolge in Art. 19 scheint nur im Fall kollidierender Zuständigkeiten in der Hauptsache relevant zu sein (vgl. näher hierzu unten, Nr. 169).

105. Was die zweite Variante betrifft, scheint mir diese Sicht einer Prüfung nicht standzuhalten.

106. Erstens enthält die Verordnung mit den Art. 8 bis 15 umfassende Zuständigkeitsregeln für Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung. Es liegt in der Natur solcher Verfahren, dass Entscheidungen vielfach einstweiligen Charakter haben. Sodann geht aus Art. 20 hervor, dass die Gerichte eines Mitgliedstaats ungeachtet dieser Regeln nach innerstaatlichem Recht dringende einstweilige Maßnahmen in Bezug auf in diesem Staat befindliche Personen auch dann erlassen können, wenn für die Entscheidung in der Hauptsache ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats zuständig ist, und dass diese Maßnahmen außer Kraft treten, wenn letzteres Gericht die angemessenen Handlungen vorgenommen hat. Eine solche Vorschrift bezweckt nicht die Regelung aller einstweiligen Maßnahmen. Sie bezweckt auch keine Zuweisung der Zuständigkeit im Hauptsacheverfahren. Sie erlaubt lediglich in bestimmten Fällen einem anderen Gericht, das vorübergehend besser hierzu in der Lage ist als das im Hauptsacheverfahren zuständige Gericht, den Erlass dringend notwendiger einstweiliger Maßnahmen, die den Maßnahmen des in der Hauptsache zuständigen Gerichts untergeordnet bleiben. [44]

107. Deshalb wäre eine Antwort, die sich auf die Einordnung der unter den Voraussetzungen von Art. 20 getroffenen Maßnahmen beschränkt, nicht hilfreich für die Lösung der zugrunde liegenden eigentlichen Frage der Anerkennung und Vollstreckung des streitigen Beschlusses — selbst wenn eine solche Einordnung dem Bundesgerichtshof vielleicht bei der Entscheidung der bei ihm anhängigen Rechtsbeschwerde weiterhelfen könnte, wenn er bei dieser Entscheidung (aufgrund der sich aus dem innerstaatlichen Verfahrensrecht ergebenden Zwänge) davon ausgehen muss, dass der streitige Beschluss *tatsächlich* unter den in Art. 20 genannten Voraussetzungen ergangen ist. Noch weniger hilfreich wäre es, die Beantwortung der Vorlagefrage — entsprechend dem Vorschlag der tschechischen Regierung — insgesamt abzulehnen, weil der Sachverhalt hypothetisch sei.

108. Vielmehr hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass er im Vorabentscheidungsverfahren, das ja eine Zusammenarbeit zwischen ihm und den nationalen Gerichten beinhaltet, dem nationalen Gericht eine für die Entscheidung des bei diesem anhängigen Verfahrens sachdienliche Antwort zu geben hat. Dabei ist es Aufgabe des Gerichtshofs, alle Bestimmungen des Unionsrechts auszulegen, die zu diesem Zweck benötigt werden, einschließlich Bestimmungen, die in den dem Gerichtshof vorgelegten Fragen nicht ausdrücklich genannt sind; außerdem hat der Gerichtshof diese Fragen gegebenenfalls umzuformulieren. [45]

109. Dieser Ansatz scheint um so mehr geboten bei einem Rechtsstreit betreffend die elterliche Verantwortung, der sich bereits

44 — Vgl. näher hierzu unten, Nr. 169.

45 — Vgl. z. B. Urteil vom 26. Juni 2008, Wiedermann und Funk (C-329/06 und C-343/06, Slg. 2008, I-4635, Randnr. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).

übermäßig lang hinzieht. Mittlerweile sind über zwei Jahre — mehr als die Hälfte der Lebensalters der Zwillinge — seit Erlass des streitigen Beschlusses und Ausstellung der Bescheinigung des spanischen Gerichts verstrichen. Das steht in völligem Widerspruch zu dem zentralen Anliegen der Verordnung, dem Kindeswohl zu dienen, indem sie sicherstellt, dass Entscheidungen zügig getroffen und durchgeführt werden, ohne dass es infolge der grenzüberschreitenden Natur des Sachverhalts zu Verzögerungen kommt.

110. Daher vermag ich mich dem restriktiven Ansatz der deutschen Regierung (nämlich dass grundsätzlich nur das vorlegende Gericht, das das bei ihm anhängige Verfahren und die von ihm zu entscheidenden Streitfragen genau kenne, berechtigt sei, die zu beantwortende Frage zu bestimmen und abzustecken) nicht anzuschließen. Vielmehr werde ich mich bemühen, alle offenbar relevanten Problemkreise und Bestimmungen so zu behandeln, dass die Antwort gegeben werden kann, die für eine rasche Gesamtlösung zum Wohl der Zwillinge am sachdienlichsten ist.

111. Bei der Herausarbeitung der Problemkreise ist der Umstand zu beachten, dass der vom Vater gestellte Antrag, der Gegenstand des beim Bundesgerichtshof anhängigen Verfahrens ist, *tatsächlich* nur auf die Anerkennung und Vollstreckung des streitigen Beschlusses im Hinblick auf den in Deutschland befindlichen M gerichtet ist. Bezüglich S, die in Spanien verblieben ist, besteht keine Notwendigkeit für eine Anerkennung und kein Raum für eine Vollstreckung in Deutschland. Ein weiterer Problemkreis des beim Amtsgericht Stuttgart anhängigen Verfahrens (der offenbar auch im Rechtsmittelverfahren bei der Audiencia Provincial in Madrid angesprochen worden ist) betrifft den Aspekt, ob die Zuständigkeit für die Entscheidung über die elterliche Verantwortung für einen oder für beide Zwillinge bei den deutschen oder bei den spanischen Gerichten liegt; eine entsprechende Frage ist dem Gerichtshof jedoch nicht vorgelegt worden. Trotzdem werden — da beide Problemkreise ineinandergreifen — einige Überlegungen möglicherweise auch die letztgenannte Problematik zumindest indirekt streifen.

112. Wie dargelegt, sieht die Verordnung die nahezu automatische Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf der Grundlage eines hohen Maßes gegenseitigen Vertrauens vor, das seinerseits ein hohes Maß an Verantwortung und Zusammenarbeit verlangt. Zwar gibt es einige Ausnahmen von dem Gebot der Anerkennung und Vollstreckung, aber dennoch wäre grundsätzlich zu erwarten, dass der streitige Beschluss des spanischen Gerichts in Deutschland anerkannt und vollstreckt werden muss.

113. Gegen dieses Ergebnis wurden jedoch verschiedene Einwände erhoben — vor allem von der Mutter, aber auch einige Mitgliedstaaten haben einander überschneidende Überlegungen vorgetragen. Im Wesentlichen sind insoweit fünf Thesen zu nennen: (i) das spanische Gericht sei nach der Verordnung für die Entscheidung in der Hauptsache über die elterliche Verantwortung für M nicht

zuständig gewesen; (ii) bei dem streitigen Beschluss handele es sich um eine einstweilige Maßnahme, und einstweilige Maßnahmen gleich welcher Art brauchten nicht nach den Art. 21 ff. der Verordnung anerkannt bzw. vollstreckt zu werden; (iii) bei dem streitigen Beschluss handele es sich um eine einstweilige Maßnahme im Sinne von Art. 20 der Verordnung, und einstweilige Maßnahmen dieser besonderen Art brauchten nicht nach den Art. 21 ff. der Verordnung anerkannt bzw. vollstreckt zu werden; (iv) das spanische Gericht sei nicht aufgrund von Art. 20 der Verordnung zur Entscheidung über die elterliche Verantwortung für M befugt gewesen; (v) trotz der vom spanischen Gericht nach Art. 39 der Verordnung ausgestellten Bescheinigung sei der streitige Beschluss in Spanien nicht mehr vollstreckbar gewesen, nachdem der Vater es versäumt habe, innerhalb von 30 Arbeitstagen nach dem Beschluss ein Verfahren in der Hauptsache einzuleiten.

114. Ich werde mich bemühen, alle diese Argumente in einem systematischen Rahmen abzuhandeln, wobei ich auch auf das Wesen des streitigen Beschlusses eingehen werde, ein Punkt, der für die abschließende Entscheidung der Frage, ob der Beschluss anzuerkennen oder zu vollstrecken ist, wohl von entscheidender Bedeutung ist.

115. Zunächst wende ich mich der These zu, das spanische Gericht habe sich hinsichtlich beider Zwillinge nach den Art. 8 ff. der Verordnung als für die Entscheidung in der Hauptsache zuständig betrachtet. Ich werde untersuchen, inwieweit die Mutter, wenn sie diese Zuständigkeit bestreitet, im Rahmen der Verordnung gegebenenfalls sicherstellen kann, dass der Beschluss in Deutschland nicht anerkannt bzw. vollstreckt wird. In diesem Zusammenhang werde ich prüfen, ob der Umstand, dass es sich bei dem streitigen Beschluss um eine einstweilige Entscheidung handelte, von Bedeutung ist.

116. Zweitens werde ich davon ausgehen, dass das spanische Gericht sich (in Bezug auf M) nicht für zuständig für die Entscheidung in der Hauptsache erachtet, sondern seine einstweilige Anordnung nach Art. 20 der Verordnung für zulässig gehalten hat, und der Frage nachgehen, ob die von der genannten Vorschrift erfassten Maßnahmen im Regelfall in anderen Mitgliedstaaten anerkannt und vollstreckt werden müssen. Falls diese Frage zu bejahen ist, werde ich wiederum prüfen, welche Schritte zu unternehmen sind, wenn die Zuständigkeit bestritten wird.

117. Vor der Behandlung dieser beiden Thesen erscheint jedoch eine kurze Klärung der Frage zweckmäßig, was unter einer „einstweiligen“ Maßnahme zu verstehen ist.

„Einstweilige“ Maßnahmen

118. Auf den ersten Blick mag ein Klärungsbedarf zweifelhaft erscheinen: Eine einstweilige Maßnahme ist naturgemäß eine Maßnahme, die für begrenzte Zeit Wirkung haben soll, und zwar bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses oder bis zum Ablauf eines bestimmten Zeitraums.

119. Es liegt jedoch in der Natur und im Wesen des Familienrechts, dass im Zuge des Heranwachsens der Kinder und sich ändernder Umstände gegebenenfalls Entscheidungen über die elterliche Verantwortung *in der Sache* geändert (oder gar aufgehoben) werden müssen. Dementsprechend ist eine solche Entscheidung niemals in dem Sinne abschließend oder endgültig, wie dies bei einem Scheidungsurteil der Fall ist. Zudem ist die Wirkung aller Entscheidungen über die elterliche Verantwortung insofern zeitlich begrenzt, als sie zwangsläufig außer Kraft treten, wenn das Kind volljährig wird.

120. Im Rahmen von Art. 20 der Verordnung ist die Situation eindeutig: Eine einstweilige Maßnahme ist eine Maßnahme, die in einem dringenden Fall getroffen wird und die außer Kraft tritt, wenn das Gericht, das für die Entscheidung in der Hauptsache zuständig ist, die Maßnahmen getroffen hat, die es für angemessen hält.

121. Entsprechend lässt sich eine einstweilige Entscheidung über die elterliche Verantwortung, die von einem in der Hauptsache zuständigen Gericht getroffen wird, häufig als eine Maßnahme charakterisieren, mit der dringliche Sachverhalte geregelt werden sollen, die keine umfassende Prüfung der Angelegenheit erlauben, und die grundsätzlich gerade in der Absicht angeordnet wird, dass eine spätere, nach gründlicherer Prüfung getroffene Entscheidung an ihre Stelle tritt, die ihrerseits *nicht* eigens dazu bestimmt ist, ersetzt oder geändert zu werden, es sei denn, dass sich die Verhältnisse ändern. Der Prägnanz halber werde ich Entscheidungen der letztgenannten Art als „beständige" Entscheidungen bezeichnen, da sie nicht endgültig oder abschließend im eigentlichen Sinne sind.

122. Demnach ist ein gewisses Maß von Dringlichkeit übliches Merkmal einer einstweiligen Maßnahme (und ein Tatbestandsmerkmal im Rahmen von Art. 20). Dabei ist zu beachten, dass dringende Maßnahmen vielfach in summarischen Verfahren erlassen werden, bei denen unter Umständen einige oder auch viele der üblichen Verfahrensgarantien nicht gelten. Unter Umständen besteht keine Möglichkeit, alle Betroffenen anzuhören oder alle relevanten Beweismittel zu prüfen. Es kann sogar geschehen, dass eine Entscheidung telefonisch getroffen und lediglich handschriftlich in den Akten vermerkt wird. [46]

123. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen wende ich mich nunmehr den beiden oben dargestellten Thesen zu.

46 — Dieses Beispiel wird im Lagarde-Bericht zum Übereinkommen von 1996, in Fn. 16 angeführt, Nr. 120, genannt.

Erste These: Zuständigkeit in der Hauptsache

Beständige Entscheidung

124. Wortlaut und Systematik der Verordnung sind recht eindeutig: Die in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen werden in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt, ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf, und die in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen, die in diesem Mitgliedstaat vollstreckbar sind und die zugestellt worden sind, werden in einem anderen Mitgliedstaat vollstreckt, wenn sie dort nach dem in der Verordnung vorgesehenen Verfahren für vollstreckbar erklärt wurden. Spezielle und beschränkte Gründe für die Nichtanerkennung und für die Ablehnung eines Antrags auf Vollstreckbarerklärung sind in Art. 23 in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 aufgeführt — zu denen, wie sich aus Art. 28 Abs. 1 zu ergeben scheint, als weitere Gründe wohl die mangelnde Vollstreckbarkeit im Ursprungsmitgliedstaat und die Nichtzustellung an den Vollstreckungsgegner hinzukommen dürften. Liegen diese Gründe nicht vor, besteht für eine Versagung der Anerkennung oder Vollstreckung schlicht kein Raum. Im vorliegenden Fall ist als einziger solcher Grund (von der Mutter vor dem Amtsgericht Stuttgart) geltend gemacht worden, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem der Vater in Deutschland ein Verfahren zur Vollstreckbarerklärung des streitigen Beschlusses in Deutschland eingeleitet habe, dieser in Spanien nicht mehr wirksam gewesen sei — auf dieses Argument werde ich unten, Nrn. 148 ff. eingehen.

125. Darüber hinaus steht eindeutig fest, dass die Gerichte des Anerkennungs- bzw. des Vollstreckungsmitgliedstaats weder die Zuständigkeit des Gerichts des Ursprungsmitgliedstaats noch dessen Entscheidung in der Sache nachprüfen dürfen.

126. Das Nachprüfungsverbot hinsichtlich der Zuständigkeit gilt auch im Rahmen von Art. 19 der Verordnung in Bezug auf die Rechtshängigkeit. Werden bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Verfahren bezüglich eines Kindes wegen desselben Anspruchs anhängig gemacht, so setzt das später angerufene Gericht das Verfahren von Amts wegen aus, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts geklärt ist, und erklärt sich dann für unzuständig. Nach ständiger Rechtsprechung zu dem im Wesentlichen entsprechenden Art. 21 des Brüsseler Übereinkommens ist es im Übrigen Sache des zuerst angerufenen Gerichts, selbst über seine

Zuständigkeit zu entscheiden.[47] (Ich schließe mich der Auffassung an, dass sich die Rechtsprechung zum Brüsseler Übereinkommen bzw. zu dessen Nachfolgeregelung, der Verordnung Nr. 44/2001, nicht automatisch und undifferenziert auf die aktuelle Verordnung übertragen lässt[48], sehe allerdings bei dieser konkreten Problematik keinen Grund, diese Rechtsprechung nicht heranzuziehen.)

127. Was kann also getan werden, wenn — wie im vorliegenden Fall — eine Partei die Zuständigkeit des Gerichts rügt, das die anzuerkennende bzw. zu vollstreckende Entscheidung erlassen hat? Die offensichtliche Antwort lautet, diese Rüge bei dem betreffenden Gericht selbst zu erheben. Wäre der streitige Beschluss eine beständige Entscheidung über die elterliche Verantwortung, hätte die Mutter nach der Verordnung sicherlich keine Möglichkeit gehabt, eine Versagung der Anerkennung oder Vollstreckung in Deutschland zu erwirken oder dort in einem späteren Verfahren eine neue beständige Entscheidung mit der Begründung zu beantragen, dass nicht die spanischen, sondern die deutschen Gerichte zuständig gewesen seien. Ihr hätte allein offen gestanden, im Rahmen des spanischen Systems Rechtsmittel gegen die Entscheidung des spanischen Gerichts, mit der dieses sich für zuständig erklärt hat, einzulegen[49] mit der — spätestens beim letztinstanzlichen Gericht bestehenden — Aussicht eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof.

128. Eine solche Vorgehensweise könnte sich als langwierig herausstellen[50] (wenngleich zu hoffen wäre, dass das Verfahren so zügig wie möglich durchgeführt würde; außerdem kann in Zweifelsfällen jetzt sogar das erstinstanzliche Gericht dem Gerichtshof eine Frage vorlegen und ein Eilverfahren beantragen), ist jedoch die einzige, die die Verordnung zulässt. Auch dies verdeutlicht, welch hohes Maß an Verantwortung die nationalen Gerichten tragen, wenn sie sich für zuständig erklären, und dass sie diese Entscheidung explizit, umfassend und klar begründen müssen. Nur wenn mit solcher Gewissenhaftigkeit vorgegangen wird, kann ein Klima tatsächlichen gegenseitigen Vertrauens gefördert werden, wie dies die Verordnung verlangt, und nur eine solche Begründung ermöglicht einem Rechtsmittelgericht, einem Vollstreckungsgericht eines anderen Mitgliedstaats oder

47 — Im Urteil vom 27. Juni 1991, Overseas Union Insurance u. a. (C-351/89, Slg. 1991, I-3317, Randnrn. 22 ff.), hat der Gerichtshof ausgeführt, dass der Zweck, negative Zuständigkeitskonflikte zu vermeiden, erreicht werden könne, ohne dass das später angerufene Gericht die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichtes überprüfe, und dass das später angerufene Gericht auf keinen Fall besser als das zuerst angerufene Gericht in der Lage sei, über dessen Zuständigkeit zu befinden. Die Bestimmungen des Übereinkommens seien für beide Gerichte gleich und könnten von jedem mit der gleichen Sachkenntnis ausgelegt und angewandt werden. Werde der Mangel der Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts geltend gemacht, verfüge das später angerufene Gericht, sofern es sich nicht für unzuständig erkläre, nur über die Möglichkeit, die Entscheidung auszusetzen; es sei hingegen nicht befugt, die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts einer eigenen Prüfung zu unterziehen. Im Urteil vom 9. Dezember 2003, Gasser (C-116/02, Slg. 2003, I-14693, Randnrn. 46 ff.), hat der Gerichtshof diese Ausführungen wiederholt und darauf hingewiesen, dass es sich bei Art. 21 um eine Verfahrensregel handele, die sich klar und ausschließlich auf die zeitliche Abfolge stütze, in der die Gerichte angerufen worden seien.

48 — Vgl. z. B. Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache A (Urteil in Fn. 37 angeführt, Nrn. 63 f.).

49 — Wie sie dies offenbar in dem später in Spanien in der Hauptsache durchgeführten Verfahren sogar noch vor Erlass einer beständigen Entscheidung getan hat.

50 — Den Angaben der Mutter in ihren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung entnehme ich, dass über ihr Rechtsmittel gegen die Entscheidung des spanischen Gerichts vom 28. Oktober 2008, mit der es seine internationale Zuständigkeit in der Hauptsache in Bezug auf beide Zwillingskinder angenommen hatte, erst im Februar oder März 2010 entschieden wurde.

dem Gerichtshof, streitige Aspekte möglichst rasch zu klären.

Einstweilige Entscheidung

129. Welchen Unterschied, wenn überhaupt, macht es, wenn es sich bei der Entscheidung (eines Gerichts, das sich für die Entscheidung in der Hauptsache für zuständig erklärt) eindeutig um eine einstweilige Entscheidung handelt? Denn im vorliegenden Fall könnte man die Entscheidung durchaus als solche einordnen.

130. Zunächst trifft die Verordnung — wie in mehreren schriftlichen Erklärungen hervorgehoben wurde — keine ausdrückliche Unterscheidung zwischen endgültigen bzw. beständigen Entscheidungen einerseits und einstweiligen Entscheidungen andererseits. Art. 2 Nr. 4 definiert den Begriff „Entscheidung" weit und ohne Rücksicht auf die verwendete rechtstechnische Bezeichnung, und er enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass eine bestimmte Kategorie ausgeschlossen wäre; die Bestimmungen in Kapitel II über die Zuständigkeit [51] unterscheiden Verfahren nicht danach, ob es sich bei der Entscheidung in diesem weiten Sinne um eine einstweilige Entscheidung handelt oder nicht, und auch die Vorschriften des Kapitels III über Anerkennung und Vollstreckung verweisen ohne weitere Differenzierung auf die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen; zudem wird in dem zu diesem Kapitel gehörenden Art. 23 Buchst. b die Möglichkeit ins Auge gefasst, dass eine „Entscheidung" in dringenden Fällen ergeht, und damit impliziert, dass es sich um eine einstweilige Entscheidung handeln kann.

131. Ich sehe auch keinen zwingenden, sich aus der Natur einstweiliger Maßnahmen ergebenden Grund für eine solche Unterscheidung. Bei dem in der Hauptsache zuständigen Gericht handelt es sich um das Gericht des Mitgliedstaats, zu dem das Kind grundsätzlich die engste Beziehung (oder wenigstens eine wesentliche Bindung) hat. Dieses Gericht ist es auch, das in der Sache über die elterliche Verantwortung entscheidet, eine Entscheidung, die nach der Verordnung in allen anderen Mitgliedstaaten anerkannt und vollstreckt werden muss. Das Gericht muss zwangsläufig auch für die Anordnung aller erforderlichen einstweiligen Maßnahmen zuständig sein, bis eine beständige Entscheidung ergehen kann. [52] Zudem werden solche einstweiligen Maßnahmen eng mit der anschließenden beständigen Entscheidung in Zusammenhang stehen. Das Gericht wird über diese Angelegenheiten u. a. unter Beachtung seiner eigenen Pflicht entscheiden, die beständige Entscheidung so rasch zu

51 — Mit Ausnahme von Art. 20, auf den die hier untersuchte These aber nicht abstellt.

52 — Dies hat der Gerichtshof unlängst zumindest implizit im Urteil Detiček, in Fn. 39 angeführt, anerkannt, in dem er ausführt, dass die Übertragung des vorläufigen Sorgerechts durch das für die Entscheidung in der Hauptsache zuständige Gericht Vorrang habe vor einer anschließenden, vermeintlich auf Art. 20 gestützten Übertragung des vorläufigen Sorgerechts durch ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats, in den das Kind — im Sinne der früheren Entscheidung widerrechtlich — verbracht worden sei.

treffen, wie dies eine gründliche Sachprüfung erlaubt, und es wird so weit wie möglich sicherstellen wollen, dass die einstweiligen Maßnahmen diese beständige Entscheidung nicht behindern oder ihr vorgreifen.

132. Angesichts dessen sind einstweilige Maßnahmen eines nach der Verordnung für die Entscheidung in der Hauptsache zuständigen Gerichts meines Erachtens in den anderen Mitgliedstaaten unter denselben Voraussetzungen anzuerkennen und zu vollstrecken wie die anschließende Entscheidung, die dieses Gericht treffen muss. Jede andere Lösung wäre mit der Gefahr verbunden, die anschließende Entscheidung zu beeinträchtigen, da die Bemühungen um Kontinuität untergraben würden, und würde dazu führen, dass bei Entscheidungen, die Tag für Tag von Familiengerichten in der gesamten Europäischen Union getroffen werden, die Verordnung in weiten Bereichen größtenteils unwirksam bliebe.

133. Gleichwohl könnte man argumentieren, dass der oftmals summarische Charakter der Verfahren, die zum Erlass einer einstweiligen Maßnahme führen und in denen vielleicht einige der normalerweise das rechtliche Gehör gewährleistenden Verfahrensgarantien nicht gegeben sind, gegen eine automatische Anerkennung und Vollstreckung spreche.

134. Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass in Art. 23 der Verordnung die Voraussetzungen für eine Versagung der Anerkennung und Vollstreckung genannt sind und dass sich der Gesetzgeber dabei derartiger summarischer Verfahren durchaus bewusst war: Eine Versagung ist u. a. zulässig, wenn (ausgenommen in dringenden Fällen) das Kind nicht die Möglichkeit hatte, gehört zu werden, oder wenn die betreffende Person, die sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, nicht so rechtzeitig benachrichtigt worden ist, dass sie sich verteidigen konnte, oder wenn die Entscheidung in die elterliche Verantwortung einer Person eingreift, die nicht Möglichkeit hatte, gehört zu werden. [53]

135. Somit sieht die Verordnung offenbar nicht schon deshalb eine allgemeine Ausnahme von der Grundregel der Anerkennung und Vollstreckung vor, weil ein Verfahren ohne einige der normalen Verfahrensgarantien ausgestaltet ist. Ausnahmen gelten nur, wenn bestimmte Verfahrensgarantien tatsächlich vorenthalten werden. Im vorliegenden Fall wird ein Vorenthalten solcher Garantien nicht geltend gemacht, denn die Kinder waren zu jung, um gehört zu werden, und die Mutter hatte die Möglichkeit, sich umfassend zu äußern, von der sie auch Gebrauch gemacht hat.

136. Als weiteres Argument dafür, einstweilige Maßnahmen mit größerer Vorsicht zu behandeln, könnte man vorbringen, dass die einstweilige Entscheidung möglicherweise nicht mit einem Rechtsmittel angegriffen werden kann, so dass die Partei, die die

53 — Art. 23 Buchst. b, c bzw. d.

Zuständigkeit bestreiten will, gegebenenfalls weder im Ursprungsmitgliedstaat noch im Vollstreckungsmitgliedstaat die Möglichkeit hierzu hat.

137. Ob es sich im vorliegenden Fall so verhält, geht aus den Akten nicht hervor. [54] Auch den Antworten der spanischen Regierung auf die schriftlichen und mündlichen Fragen des Gerichtshofs lässt sich dies meines Erachtens nicht ganz eindeutig entnehmen. Jedenfalls wird zumindest angedeutet, dass gegen die Entscheidung des spanischen Gerichts, sich für den Erlass des streitigen Beschlusses für zuständig zu erklären, ein Rechtsbehelf in irgendeiner Form möglich gewesen wäre, und anscheinend konnte die Mutter die Zuständigkeit wenigstens im Rahmen des anschließenden Hauptsacheverfahrens rügen. Wie auch immer die Lage hier sein mag, wenn im Einzelfall gegen die Entscheidung des Gerichts, sich für zuständig zu erklären, kein Rechtsmittel gegeben ist, gehört das betreffende Gericht im Fall einer bei ihm vorgetragenen Rüge zu den Gerichten, die nach Art. 267 Abs. 3 AEUV (Art. 234 EG) zu einem Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof verpflichtet sind — und sein Ersuchen würde wohl hoffentlich einem Eilverfahren unterworfen.

138. Die Mutter hat in ihren schriftlichen Erklärungen an den Gerichtshof einen weiteren Grund dafür angeführt, einstweilige Maßnahmen (eines sich für die Entscheidung in der Hauptsache für zuständig erklärenden Gerichts) nicht in der gleichen Weise anzuerkennen und zu vollstrecken wie beständige Entscheidungen. Sie trägt zunächst vor, dass unter den Voraussetzungen von Art. 20 angeordnete Maßnahmen in anderen Mitgliedstaaten nicht anerkennungs- bzw. vollstreckungsfähig seien (auf diesen Gesichtspunkt werde ich später eingehen [55]), und argumentiert dann, dass dieser Ansatz auch gelten müsse, wenn das Gericht nicht unter diesen Voraussetzungen tätig werde, sich jedoch in der Hauptsache für zuständig erkläre und dann im Rahmen dieser Zuständigkeit einstweilige Maßnahmen anordne. Bei einem anderen Ansatz sei nämlich das Gericht des Vollstreckungsmitgliedstaats gezwungen, festzustellen, ob das Gericht des Ursprungsmitgliedstaats seine Zuständigkeit auf die Art. 8 bis 14 oder auf Art. 20 gestützt habe — die Nachprüfung der Zuständigkeit des Gerichts des Ursprungsmitgliedstaats sei aber nach Art. 24 der Verordnung gerade ausdrücklich verboten.

139. Meines Erachtens geht diese Gedankenführung fehl, und zwar gleichviel, ob zwischen den beiden Kategorien einstweiliger Maßnahmen differenziert werden sollte oder nicht. Für die Feststellung, ob sich die in der Hauptsache bestehende Zuständigkeit für eine einstweilige Maßnahme aus den allgemeinen Regeln der Verordnung oder aus Art. 20 ergibt, ist es nämlich nicht erforderlich, die Zuständigkeit des Gerichts des Ursprungsmitgliedstaats *nachzuprüfen*,

54 — Vgl. oben, Nr. 63. Vgl. auch Urteil vom 25. Juni 2009, Roda Golf & Beach Resort (C-14/08, Slg. 2009, I-5439, Randnrn. 24 bis 30).

55 — Vgl. unten, Nrn. 156 ff.

sondern lediglich, *zu ermitteln*, auf welcher Grundlage sich das Gericht für zuständig erachtet hat.

140. Zugegebenermaßen mag die Ermittlung dieser Grundlage nicht immer einfach sein. Im vorliegenden Fall ist der streitige Beschluss nicht so ausführlich bzw. klar begründet, wie dies wünschenswert wäre, obwohl das spanische Gericht die Angelegenheit offenkundig unter verschiedenen Gesichtspunkten geprüft, sich seiner Zuständigkeit vergewissert und dabei mehrere Gründe für seine Zuständigkeit in der Hauptsache, nicht jedoch Art. 20 angeführt hat. In anderen Fällen mag die Begründung wesentlich lakonischer ausfallen oder sogar ganz fehlen, so dass eine völlige Missachtung der Pflichten vorliegt, die den nationalen Gerichten als Ausfluss des die Verordnung durchziehenden Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens obliegen.

141. Insbesondere die Kommission und die deutsche Regierung sind der Auffassung, dass in Fällen, in denen sich die Grundlage für die Annahme der Zuständigkeit nicht eindeutig aus dem Wortlaut oder Inhalt der Entscheidung ergebe, deren Anerkennung oder Vollstreckung beantragt werde, entsprechend dem Urteil Mietz [56] davon auszugehen sei, dass Art. 20 die Grundlage bilde. In der mündlichen Verhandlung hat die tschechische Regierung genau die gegenteilige Ansicht vertreten.

142. Im Urteil Mietz hat der Gerichtshof (zum Brüsseler Übereinkommen) hervorgehoben, dass das Ursprungsgericht im Hinblick auf die Anordnung der vorläufigen Erbringung einer Leistung seine Zuständigkeit nicht ausdrücklich in der Weise begründet habe, dass es seine Zuständigkeit für die Entscheidung in der Hauptsache nach dem Übereinkommen bejaht habe und dass sich eine solche Zuständigkeit auch nicht schon eindeutig aus dem Wortlaut seiner Entscheidung ergebe (wie dies der Fall wäre, wenn z. B. aus der Entscheidung klar hervorginge, dass der Antragsgegner seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet des Vertragsstaats des Ursprungsgerichts hatte und keine der im Übereinkommen vorgesehenen ausschließlichen Zuständigkeiten bestand). Da das Ursprungsgericht zur Grundlage seiner Zuständigkeit nichts gesagt habe, gebiete es somit das Interesse daran, dass die Vorschriften des Übereinkommens nicht umgangen würden, die Entscheidung des Ursprungsgerichts so zu verstehen, dass dieses seine Zuständigkeit für den Erlass einstweiliger Maßnahmen auf seine nationalen Rechtsvorschriften und nicht auf eine dem Übereinkommen entlehnte Zuständigkeit für die Entscheidung in der Hauptsache gestützt habe.

143. Wie oben dargelegt, eignen sich nicht alle Aspekte der Rechtsprechung zum Brüsseler Übereinkommen und zu der Verordnung Nr. 44/2001 für eine uneingeschränkte Übertragung auf die aktuelle Verordnung. Der Aspekt, um den es hier geht, erfordert meines Erachtens eine solche

56 — Urteil vom 27. April 1999 (C-99/96, Slg. 1999, I-2277, insbesondere Randnrn. 50 und 55).

Einschränkung — wenngleich ich keinen Grund für die von der tschechischen Regierung befürwortete völlige Abkehr von dieser Rechtsprechung sehe.

144. Im Gegensatz zum Brüsseler Übereinkommen und zur Verordnung Nr. 44/2001 sieht die aktuelle Verordnung ausdrücklich eine Verständigung zwischen den Gerichten vor, die erforderlichenfalls von den Zentralen Behörden der betreffenden Mitgliedstaaten erleichtert wird. Es entspricht dem der Verordnung zugrunde liegenden Geist der gegenseitigen Zusammenarbeit, dass sich diese Verständigung auf alle Angelegenheiten erstreckt, durch die die Verfahren zur Anerkennung bzw. Vollstreckung von Entscheidungen erleichtert oder beschleunigt werden können. Da hier lediglich ermittelt werden muss, auf welcher Grundlage sich das Gericht des Ursprungsmitgliedstaats für zuständig erachtet hat, dürfte die Verständigung nicht allzu schwierig sein.

145. Ich möchte daher den vom Gerichtshof im Kontext des Brüsseler Übereinkommens entwickelten Ansatz nuancieren. Die verstärkte Zusammenarbeit und die in der Verordnung ausdrücklich vorgesehene Verständigung zwischen den Gerichten — die herzustellen nach der Rechtsprechung eine Pflicht besteht [57] — verlangt vom Vollstreckungsgericht bei Zweifeln hinsichtlich der Grundlage für die Zuständigkeit des Gerichts des Ursprungsmitgliedstaats, sich bei dem betreffenden Gericht nach dieser Grundlage zu erkundigen. Erst wenn diese Bemühungen innerhalb einer angemessen kurzen Zeitspanne zu keinem Ergebnis führen, darf davon ausgegangen werden, dass die Zuständigkeit unter den Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 1 bejaht wurde.

146. Im vorliegenden Fall kann man meines Erachtens aus dem streitigen Beschluss — auch wenn er nicht in dem wünschenswerten Maße explizit ist — zwanglos folgern, dass das spanische Gericht seine Zuständigkeit für die Entscheidung in der Hauptsache angenommen und sich nicht auf Art. 20 gestützt hat. [58]

147. Hinzuzufügen ist noch, dass nach dem Sachverhalt eine Berufung auf Art. 20 auch gar nicht zulässig gewesen wäre, da sich M in keinem Stadium des Verfahrens vor dem spanischen Gericht in Spanien befand. (Aus den Randnrn. 50 bis 52 des Urteils Detiček [59] könnte man schließen, dass für den Erlass einer einstweilige Maßnahme über die elterliche Verantwortung nach Art. 20 Voraussetzung ist, dass sich nicht nur das Kind, sondern auch die früheren und/oder neuen Träger der elterlichen Verantwortung in dem betreffenden Mitgliedstaat befinden. Ich schließe mich jedoch der Meinung an, die von einer Reihe der in der mündlichen Verhandlung Anwesenden vertreten wurde, dass diese Sicht verfehlt wäre und es für die Zulässigkeit dringender einstweiliger Maßnahmen in Bezug auf das Kind allein auf dessen Anwesenheit ankommt.) Was S betrifft, hat der Umstand, dass sie seit ihrer Geburt das spanische Hoheitsgebiet nicht verlassen hat, zur

57 — Vgl. oben, Nr. 96 und Fn. 42.

58 — Vgl. oben, Nrn. 54 bis 61 und 104 sowie Fn. 43.

59 — In Fn. 39 angeführt.

Folge, dass die Zuständigkeit der spanischen Gerichte für die Entscheidung in der Hauptsache außer Frage steht, so dass (derzeit) eine Anerkennung oder Vollstreckung in einem anderen Mitgliedstaat nicht zur Diskussion steht.

148. Schließlich hat die Mutter vor dem Amtsgericht Stuttgart geltend gemacht, der streitige Beschluss sei trotz der vom spanischen Gericht nach Art. 39 der Verordnung ausgestellten Bescheinigung in Spanien nicht vollstreckbar, da einstweilige Maßnahmen der betreffenden Art außer Kraft träten, wenn nicht innerhalb von 30 Arbeitstagen ein Hauptsacheverfahren eingeleitet werde, und der Vater im vorliegenden Fall ein solches Verfahren nicht innerhalb dieser Frist eingeleitet habe. [60]

149. Ob dieses Vorbringen den Tatsachen und dem spanischen Verfahrensrecht entspricht, kann der Gerichtshof nicht beurteilen. Eine die Verordnung berührende Problematik könnte sich jedoch ergeben, wenn eine Partei in einem anderen Mitgliedstaat die Vollstreckbarerklärung einer Maßnahme beantragt, die im Ursprungsmitgliedstaat nicht mehr vollstreckbar ist, für die aber eine Bescheinigung ausgestellt wurde.

150. Nach Art. 28 Abs. 1 der Verordnung ist Voraussetzung für die Vollstreckung einer Entscheidung über die elterliche Verantwortung in einem anderen Mitgliedstaat, dass sie im Ursprungsmitgliedstaat vollstreckbar ist. Nach den Art. 37 Abs. 1 Buchst. b und Art. 39 muss dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung eine vom zuständigen Gericht des Ursprungsmitgliedstaats ausgestellte Bescheinigung unter Verwendung des Formblatts in Anhang II beigefügt sein. Unter Nr. 9.1 dieses Bescheinigungsformblatts hat das betreffende Gericht anzugeben, ob die Entscheidung nach dem Recht des Ursprungsmitgliedstaats vollstreckbar ist. Es stellt sich daher die Frage, ob das Gericht des Vollstreckungsmitgliedstaats nach Ausstellung dieser Bescheinigung über diese hinaus ermitteln darf, ob die Entscheidung (immer noch) vollstreckbar ist.

151. Meines Erachtens steht dem Gericht, bei dem die Vollstreckbarerklärung beantragt wird, diese Möglichkeit offen. In Art. 31 Abs. 2 heißt es zwar, dass der Antrag nur aus einem der in Art. 23 aufgeführten Gründe abgelehnt werden darf, jedoch erscheint es logischerweise notwendig, dass eine Ablehnung auch dann zulässig sein muss, wenn die Entscheidung im Ursprungsmitgliedstaat nicht vollstreckbar ist, da die Vollstreckbarkeit ausdrücklich eine in Art. 28 Abs. 1 genannte Voraussetzung ist. Die Vorlage der Bescheinigung in der Form des Anhangs II ist jedoch für die Erfüllung dieser Voraussetzung nicht unbedingt notwendig, da sich das Gericht des Vollstreckungsmitgliedstaats nach Art. 38 Abs. 1 auch mit gleichwertigen Urkunden oder anderweitigen Informationen begnügen kann. Im Übrigen finden sich in den Abschnitten 2 und 3 des Kapitels III, in denen das Verfahren für die Vollstreckbarerklärung von Entscheidungen über die elterliche Verantwortung geregelt ist, keine Bestimmungen dahin, dass eine unter Verwendung des Formblatts in Anhang II ausgestellte

60 — Vgl. oben, Nr. 65.

Bescheinigung bindend oder unanfechtbar wäre.

152. Insoweit besteht ein deutlicher Gegensatz zu den Vorschriften des Abschnitts 4 über die Vollstreckbarkeit bestimmter Entscheidungen über das Umgangsrecht und bestimmter Entscheidungen, mit denen die Rückgabe des Kindes angeordnet wird. Dieser Abschnitt sieht die Ausstellung von Bescheinigungen unter Verwendung der Formblätter in Anhang III bzw. IV sowie die Anerkennung und Vollstreckung einer Entscheidung vor, „für die eine Bescheinigung … im Ursprungsmitgliedstaat ausgestellt wurde, … ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf und ohne dass die Anerkennung angefochten werden kann“. [61] Außerdem sind gegen die Ausstellung einer Bescheinigung keine Rechtsbehelfe gegeben [62], jedoch wird durch das Fehlen der Möglichkeit, sich mit anderweitigen gleichwertigen Urkunden oder Informationen zu begnügen, die Vorlage einer Bescheinigung praktisch zu einer absoluten Vorbedingung für die Vollstreckung gemacht.

153. Meines Erachtens wollte daher der Gesetzgeber unterscheiden zwischen einerseits Entscheidungen über die elterliche Verantwortung und andererseits Entscheidungen über das Umgangsrecht und Entscheidungen, mit denen die Rückgabe des Kindes angeordnet wird. [63] Für Entscheidungen der zweiten Gruppe ist die Bescheinigung u. a. der Vollstreckbarkeit im Ursprungsmitgliedstaat unerlässlich; sie ist sowohl erforderlich als auch bindend. Bei Entscheidungen der ersten Gruppe ist die Bescheinigung zwar bedeutsam, aber weder unbedingt notwendig noch gegen eine Anfechtung geschützt.

154. Soweit eine Maßnahme im Ursprungsmitgliedstaat zeitlich nicht unbegrenzt vollstreckbar ist, sondern nach Ablauf eines Zeitraums oder aufgrund des Eintritts oder Nichteintritts eines bestimmten Ereignisses außer Kraft tritt oder treten könnte, ist es aufgrund des die Verordnung durchziehenden Prinzips des gegenseitigen Vertrauens selbstverständlich nicht nur wünschenswert, sondern diesem Prinzip auch immanent, dass das Gericht des Ursprungsmitgliedstaats in seiner Bescheinigung diese zeitliche Begrenzung angibt. Fehlen solche Angaben, steht es jedem Betroffenen frei, den Nachweis zu führen, dass die Maßnahme nicht mehr vollstreckbar ist. In diesem Fall stehen den Gerichten und den Zentralen Behörden dieselben Mittel zur Verständigung untereinander zur Verfügung wie in dem Fall, dass die Grundlage für die Zuständigkeit ermittelt werden muss. Führt diese Verständigung zu einer zufriedenstellenden Antwort, muss das Vollstreckungsgericht es selbstverständlich

61 — Vgl. die Art. 41 Abs. 1 und Art. 42 Abs. 1.

62 — Art. 43 Abs. 2.

63 — Für diese Ansicht scheinen auch die Erwägungsgründe 23 und 24 zu sprechen, die sich offenbar nur auf „Entscheidungen über das Umgangsrecht und über die Rückgabe des Kindes“ beziehen, soweit darin von automatischer Anerkennung, ohne dass es Gründe für die Verweigerung der Vollstreckung geben sollte, und von der Unzulässigkeit von Rechtsbehelfen gegen eine Bescheinigung die Rede ist.

dabei bewenden lassen; bleibt jedoch eine Antwort aus, darf es den Parteien nicht verwehren, rechtzeitig mit anderen Mitteln Beweis zu erbringen.

gestellt wird, dieselben Verständigungswege zur Erkundigung darüber genutzt werden, ob die Entscheidung im Ursprungsmitgliedstaat (immer noch) vollstreckbar ist.

Zweite These: Zulässigkeit der Maßnahme nach Art. 20

155. Ich gelange somit zu der Ansicht, dass einstweilige Maßnahmen, die ein Gericht eines Mitgliedstaats auf der Grundlage seiner nach den Regeln der Verordnung bestehenden Zuständigkeit für die Entscheidung in der Hauptsache anordnet, gemäß den Art. 21 ff. der Verordnung in anderen Mitgliedstaaten in derselben Weise anerkannt und vollstreckt werden müssen wie jede andere auf dieser Grundlage ergangene Entscheidung. Ein Gericht, das mit einem Antrag auf Anerkennung oder Nichtanerkennung einer solchen Maßnahme oder mit einem Antrag auf Vollstreckbarerklärung befasst ist, ist berechtigt, die Grundlage, auf die das Gericht des Ursprungsmitgliedstaats seine Zuständigkeit gestützt hat, entweder anhand des Wortlauts oder des Inhalts der Entscheidung oder erforderlichenfalls durch direkte Verständigung mit jenem Gericht oder durch Einschaltung der zuständigen Zentralen Behörden zu ermitteln. Wenn — und nur wenn — diese Verständigung bzw. Einschaltung innerhalb einer angemessen kurzen Zeitspanne zu keinem Ergebnis führt, darf davon ausgegangen werden, dass die Zuständigkeit unter den Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 1 angenommen wurde. Bei (einstweiligen) Entscheidungen über die elterliche Verantwortung können, falls die Korrektheit einer nach Art. 39 ausgestellten Bescheinigung in Frage

156. Gilt dieses Ergebnis hinsichtlich der Anerkennung und Vollstreckung auch dann, wenn die betreffende einstweilige Maßnahme nicht auf der Grundlage einer nach der Verordnung bestehenden Zuständigkeit für die Entscheidung in der Hauptsache, sondern nach innerstaatlichem Recht unter den nach Art. 20 zulässigen eingeschränkten Umständen angeordnet wird?

157. Als erste Bemerkung drängt sich auf, dass Art. 20 schon seinem Wortlaut nach („in Bezug auf in diesem Staat befindliche Personen oder Vermögensgegenstände“) das Wesen der erfassten Maßnahmen in einer Weise beschreibt, dass Probleme hinsichtlich der Anerkennung oder Vollstreckung in anderen Staaten nicht häufig auftreten können. Der Umstand, dass diese Maßnahmen außer Kraft treten, sobald das für die Entscheidung in der Hauptsache zuständige Gericht tätig wird, hat außerdem zur Folge, dass eine Anerkennung oder Vollstreckung für die sie betreibende Partei in vielen Fällen möglicherweise

von nur vorübergehendem Nutzen ist. [64] Dass solche Situationen im Rahmen von Art. 20 vielleicht mit geringerer Wahrscheinlichkeit auftreten als bei einstweiligen Maßnahmen, die von einem für die Entscheidung in der Hauptsache zuständigen Gericht angeordnet werden, heißt jedoch nicht, dass sie nie auftreten können, insbesondere dann, wenn es während der rechtmäßigen vorübergehenden Anwesenheit des Kindes in einem anderen Mitgliedstaat zu einem Zwischenfall kommt.

158. Unter den Beteiligten, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, vertreten lediglich die spanische und die italienische Regierung die Ansicht, dass die unter den Voraussetzungen von Art. 20 angeordneten Maßnahmen in anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen und zu vollstrecken sind. Beide Regierungen verweisen auf die äußerst weite Definition des Begriffs „Entscheidung" in Art. 2 Nr. 4 der Verordnung [65], der in allen Bestimmungen über die Anerkennung und Vollstreckung verwendet werde und jede vollstreckbare Entscheidung jedes Gerichts unabhängig von deren Rechtsgrundlage umfassen müsse. Die italienische Regierung betont die Bedeutung des rechtlichen Gehörs, das sie als allein maßgebendes Kriterium für die Vollstreckbarkeit einer Entscheidung in anderen Mitgliedstaaten erachtet. Die spanische Regierung hält die praktische Wirksamkeit der Verordnung für beeinträchtigt, wenn die unter den Voraussetzungen von Art. 20 angeordneten Maßnahmen von den Anerkennungs- und Vollstreckungsbestimmungen ausgenommen würden. [66]

159. Die Kommission, die in ihren schriftlichen Erklärungen die Auffassung vertritt, dass es im Ausgangsverfahren nicht auf Art. 20 ankomme, hat in der mündlichen Verhandlung einen recht originellen Ansatz entwickelt. Die Art. 21 ff. der Verordnung seien in der Tat auf unter den Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 1 angeordnete Maßnahmen anwendbar, allerdings nur dann, wenn das Vorliegen jeder einzelnen dieser Voraussetzungen — Anwesenheit der betreffenden Personen oder Vermögensgegenstände, Dringlichkeit und Einstweiligkeit der Maßnahme — rigoros verifiziert werden könne und das rechtliche Gehör garantiert worden sei. Insbesondere müssten der einstweilige Charakter der Maßnahme und ihre Gültigkeitsdauer in der Entscheidung ausdrücklich ausgewiesen sein.

160. Meines Erachtens findet dieser Ansatz, so wünschenswert er auch sein mag, keine Grundlage in der Verordnung selbst.

64 — Selbstverständlich gibt es auch Maßnahmen — wie etwa die gerichtliche Genehmigung des Verkaufs von dem Kind gehörendem, vom Verfall bedrohtem Vermögen (oder von dem Ehepaar gehörendem Vermögen, da Art. 20 auch bei Verfahren gilt, die Scheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder Ungültigerklärung der Ehe betreffen) oder die gerichtliche Genehmigung eines chirurgischen Eingriffs beim Kind (beide Beispiele stammen aus dem Lagarde-Bericht zum Übereinkommen von 1996, in Fn. 16 angeführt, Nr. 68, zu Art. 11 Abs. 1 jenes Übereinkommens) —, die *de facto* Wirkungen haben, die in anderen Mitgliedstaaten zwangsläufig anerkannt werden müssen.

65 — „... jede Entscheidung über die elterliche Verantwortung, ohne Rücksicht auf die Bezeichnung der jeweiligen Entscheidung, wie Urteil oder Beschluss".

66 — Mit Verweis auf das Urteil vom 11. Juli 2008, Rinau (C-195/08 PPU, Slg. 2008, I-5271, Randnrn. 80 ff.).

Insbesondere würde dabei die Anwendung der Art. 21 ff. mit einer Modifizierung von Art. 24 einhergehen, der eine Nachprüfung der Zuständigkeit verbietet. Ich meine daher, dass dieser Ansatz nicht durch die Gesetzgebung nach ihrem gegenwärtigen Stand gedeckt ist.

161. Die anderen Verfahrensbeteiligten, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, tragen eine Reihe von Argumenten vor, die sich vielfach überschneiden und alle darauf hinauslaufen, dass die in den Art. 21 ff. enthaltenen Anerkennungs- und Vollstreckungsregeln nicht auf einstweilige Maßnahmen anwendbar seien, die allein auf der Grundlage von Art. 20 angeordnet worden seien.

162. Erstens machen die portugiesische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs geltend, da in Art. 20 von einstweiligen „Maßnahmen“ und nicht „Entscheidungen“ die Rede sei, sei gerade beabsichtigt, solche Maßnahmen von den in der übrigen Verordnung, insbesondere in den Bestimmungen über die Anerkennung und Vollstreckung, angesprochenen Entscheidungen auszuklammern. Ich halte dieses Argument für nicht überzeugend, vor allem angesichts der Wendung „ohne Rücksicht auf die Bezeichnung der jeweiligen Entscheidung, wie Urteil oder Beschluss“ in Art. 2 Nr. 4 in Verbindung mit der sehr weiten Definition des Begriffs „Gericht“ in Art. 2 Nr. 1. In diesem Kontext hätte ich, falls der Gesetzgeber in Art. 20 nach „Maßnahmen“ und „Entscheidungen“ hätte differenzieren wollen, eine insofern explizitere Formulierung erwartet. Vielmehr scheint mir die Wortwahl aus der Herkunft der Bestimmung erklärlich, deren Vorläufer [67] fast ausnahmslos den Begriff „Maßnahmen“ verwenden.

163. Sodann heben die tschechische und die portugiesische Regierung sowie die Regierung des Vereinigten Königreichs hervor, dass es sich bei Art. 20 um eine Ausnahme von der Grundregel der Verordnung handele, die daher eng auszulegen sei. Ich räume ein, dass Art. 20 eine Ausnahme darstellt — allerdings eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln über die Zuständigkeit (einschließlich der Regeln bei Rechtshängigkeit [68]) in Kapitel II, zu dem Art. 20 gehört, nicht jedoch von den allgemeinen Regeln über die Anerkennung und Vollstreckung in Kapitel III. Ich schließe mich daher zwar der Meinung an, dass Art. 20 eng auszulegen ist, wenn es um die Frage geht, ob ein Sachverhalt unter die Vorschrift, insbesondere unter die Tatbestandsmerkmale Dringlichkeit und Anwesenheit im Hoheitsgebiet, subsumiert werden kann. Ich bin jedoch nicht davon überzeugt, dass dies automatisch eine eingeschränkte Anwendung der Anerkennungs- und Vollstreckungsvorschriften zur Folge haben muss, insbesondere angesichts der offenkundig abschließenden Aufzählung der Nichtanerkennungsgründe in Art. 23 der Verordnung. [69]

67 — Vgl. oben, Nrn. 30 bis 47.

68 — Vgl. unten, Nr. 169.

69 — Vgl. oben, Nr. 18; eine entsprechende Aufzählung der Gründe für die Nichtanerkennung einer Entscheidung über eine Ehescheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder Ungültigerklärung einer Ehe findet sich in Art. 22. Außerdem fällt mir auf, dass Generalanwältin Kokott sich in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache A (Urteil in Fn. 37 angeführt), in Nr. 56, auf die sich die Regierung des Vereinigten Königreichs beruft, lediglich mit der Frage der Zuständigkeit, um die es in jenem Fall ging, nicht jedoch mit der Frage der Anerkennung und Vollstreckung auseinandersetzt.

164. Ein weiteres Argument, das von der Mutter, der ungarischen Regierung und der Regierung des Vereinigten Königreichs angeführt wird, stützt sich auf die Randnrn. 50 bis 52 des Urteils A [70], in denen der Gerichtshof im Wesentlichen ausgeführt hat, dass, da es sich bei den Maßnahmen nach Art. 20 um die „nach dem Recht dieses Mitgliedstaats vorgesehenen" Maßnahmen handele, deren Bezeichnung Sache des nationalen Gesetzgebers sei, und dass, da die Anordnung solcher Maßnahmen auf der Grundlage des nationalen Rechts erfolge, sich deren Bindungswirkung aus den jeweiligen nationalen Bestimmungen ergeben müsse. Deshalb — so die genannten Verfahrensbeteiligten — erhielten einstweilige Maßnahmen, die allein auf Art. 20 gestützt seien, keinerlei Bindungswirkung aus der Verordnung selbst; da sich die Bindungswirkung vielmehr aus dem nationalen Recht herleite, müsse sie auch auf das Gebiet beschränkt sein, in dem dieses Recht gelte.

165. Meines Erachtens leitet sich jedoch die Bindungswirkung jeder Entscheidung, die Gegenstand der Verordnung ist, ob es sich nun um eine einstweilige oder eine andere Entscheidung handelt und ob diese nun aufgrund einer nach der Verordnung in der Hauptsache bestehenden Zuständigkeit oder einfach aufgrund von Art. 20 erlassen wird, in erster Linie aus dem nationalen Recht her, dem das die Entscheidung erlassende Gericht unterworfen ist, und erst in zweiter Linie aus der Verordnung. [71] Nach Art. 28 Abs. 1 gehört es sogar zu den ausdrücklichen Voraussetzungen für die Vollstreckbarerklärung in einem anderen Mitgliedstaat, dass eine Entscheidung über die elterliche Verantwortung im Ursprungsmitgliedstaat vollstreckbar ist. Es ist daher kein Grund ersichtlich, Fragen der Vollstreckung einstweiliger Maßnahmen, die unter den Voraussetzungen von Art. 20 angeordnet werden, allein aufgrund des Ursprungs ihrer Bindungswirkung anders als alle anderen Maßnahmen zu behandeln. [72]

166. Als weiteres Argument trägt das Vereinigte Königreich in seinen schriftlichen Erklärungen vor, die Anerkennung und Vollstreckung von „Art.-20-Maßnahmen" außerhalb des Hoheitsgebiets des Ursprungsmitgliedstaats könnte die Systematik der Verordnung und die Grundregel aushöhlen, dass die Zuständigkeit dem Mitgliedstaat vorbehalten sein sollte, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe. Art. 20 stelle eine lückenlose gerichtliche Zuständigkeit sicher, berge aber die Gefahr in sich, dass es zu Verzögerungen komme, bevor das für die Entscheidung in der Hauptsache zuständige Gericht tätig werden könne. Diese Gefahr könne sich erhöhen, wenn Art.-20-Maßnahmen in anderen Mitgliedstaaten vollstreckt werden müssten. Als Beispiel führt das Vereinigte Königreich den Fall an, dass ein Elternteil bei einem nach der Verordnung nicht in der Hauptsache zuständigen Gericht eine einstweilige Sorgerechtsanordnung unter den Voraussetzungen von Art. 20 beantragt. Wenn der andere Elternteil versuche, das in

70 — In Fn. 37 angeführt.

71 — Da außerdem die Verordnung für keinen der Bereiche, auf die sie sich bezieht, materiell-rechtliche Bestimmungen enthält, muss selbst dann, wenn eine Zuständigkeit eindeutig nach einer der Bestimmungen der Art. 8 bis 15 gegeben ist, jede angeordnete Maßnahme in der Praxis „nach nationalem Recht vorgesehen" sein.

72 — Auch hier (vgl. Fn. 69 zu den Schlussanträgen von Generalanwältin Kokott) möchte ich darauf hinweisen, dass sich der Gerichtshof im Urteil A nicht mit Fragen der Vollstreckung in einem anderen Mitgliedstaat auseinandergesetzt hat, sondern dass ihm lediglich die Frage vorgelegt worden ist, ob Vorschriften des nationalen Rechts über eine unter den Voraussetzungen von Art. 20 angeordnete Maßnahme bindend sind, und dass der Gerichtshof geantwortet hat, dass sich die Bindungswirkung nach nationalem Recht bestimmt.

der Hauptsache zuständige Gericht im Mitgliedstaat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes anzurufen, könne dieses Gericht die Zuständigkeit erst übernehmen, wenn sich das zuerst angerufene Gericht für unzuständig erkläre. In der Praxis könne dieser Vorgang einige Zeit in Anspruch nehmen, so dass der erstgenannte Elternteil inzwischen die Möglichkeit habe, eine Anordnung zu erwirken, die in ganz Europa anerkannt und vollstreckt werde.

167. Diese Überlegung geht offensichtlich von der Annahme aus, dass ein Gericht eines Mitgliedstaats, das allein wegen des Vorliegens der in Art. 20 genannten Voraussetzungen mit dem Antrag befasst wird, das „zuerst angerufene Gericht" im Sinne der Rechtshängigkeitsregelung des Art. 19 ist, so dass das „später angerufene Gericht" erst tätig werden kann, wenn sich das erstgenannte Gericht für unzuständig erklärt hat. [73]

168. In der mündlichen Verhandlung hat das Vereinigte Königreich jedoch einen anderen Ansatzpunkt gewählt, nämlich dass Art. 20 einen bestimmten Bereich von den Zuständigkeitsregeln der restlichen Verordnung ausklammere, so dass in diesem Bereich nicht diese, sondern die nationalen Zuständigkeitsregeln anwendbar seien. Die deutsche Regierung fügt hinzu, dass rein formal Art. 20 nach Art. 19 stehe, der wiederum lediglich für die in den voranstehenden Artikeln angeführten Zuständigkeitsregeln gelte, und dass Art. 20 ein Großteil seiner praktischen Wirksamkeit genommen werde, wenn die Rechtshängigkeitsregeln auf ihn angewendet würden. Nach Auffassung der Kommission finden die Rechtshängigkeitsregeln zwar Anwendung, jedoch sei die in Art. 19 normierte Voraussetzung „wegen desselben Anspruchs" restriktiv auszulegen, so dass es sich im Hauptsacheverfahren und im Verfahren im Rahmen von Art. 20 Abs. 1 praktisch nie um denselben Anspruch handele.

169. Ich meine, dass ein Gericht, das allein aufgrund von Art. 20 tätig wird, keinerlei Zuständigkeit aus der Verordnung herleiten kann. Es ist ihm lediglich „nicht verwehrt", die dringenden Maßnahmen anzuordnen, die erforderlich sind und die nach nationalem Recht in Bezug auf in seinem örtlichen Zuständigkeitsbereich befindliche Personen oder Vermögensgegenstände vorgesehen sind, wobei diese Maßnahmen nur solange gelten, bis das für die Entscheidung in der Hauptsache zuständige Gericht die angemessenen Maßnahmen trifft. Aus dem Umstand, dass das Gericht allein aufgrund von Art. 20 tätig wird, folgt, dass seine Zuständigkeit gerade *nicht* im Rahmen von Art. 19 festgestellt werden kann, so dass das bei ihm anhängige Verfahren nicht die Anwendung der Rechtshängigkeitsregeln auslöst. Aus der Struktur von Art. 20 und insbesondere von Art. 20 Abs. 2 ergibt sich, dass die Bestimmung keine Barriere für die Anrufung des gemäß der Verordnung für die Entscheidung in der Hauptsache zuständigen Gerichts errichtet, dessen

73 — Hiervon gehen möglicherweise auch das Amtsgericht und das Oberlandesgericht Stuttgart aus (vgl. oben, Nrn. 69 f.).

Entscheidungen sofort die nach Art. 20 getroffenen Entscheidungen ersetzen. Demgegenüber erscheint die Auffassung der Kommission, auch wenn sie in der Praxis vielleicht im Wesentlichen zum gleichen Ergebnis führen mag, unnötig kompliziert und ungewiss.

170. Meines Erachtens besteht daher keine Gefahr, dass die Systematik der Verordnung und die Grundregel, die die Zuständigkeit den Gerichten des Mitgliedstaats des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zuweist, ausgehöhlt wird, wenn die unter den Voraussetzungen von Art. 20 angeordneten einstweiligen Maßnahmen in einem anderen Mitgliedstaat als dem Erlassstaat anerkannt oder vollstreckt werden. Nach meinem Verständnis dieser Systematik bleibt das für die Entscheidung in der Hauptsache zuständige Gericht, wenn es erst einmal angerufen ist, jederzeit zur Anordnung der angemessenen Maßnahmen befugt. Jede Zuständigkeit anderer Gerichte für die Anordnung einstweiliger Maßnahmen unter den Voraussetzungen von Art. 20 bleibt dieser für das Verfahren in der Hauptsache bestehenden Zuständigkeit untergeordnet. Soweit die Gefahr von Verzögerungen besteht, resultiert sie nicht aus den Rechtshängigkeitsregeln oder aus der Vollstreckbarkeit der unter den Voraussetzungen von Art. 20 getroffenen Maßnahmen, sondern allein aus einer möglicherweise verschleppten Anrufung des für die Entscheidung in der Hauptsache zuständigen Gerichts. Hingegen könnte die Wirksamkeit der unter den genannten Voraussetzungen angeordneten Maßnahmen — die *per definitionem* dringlich sind — bis zu dieser Anrufung potenziell leicht umgangen werden, wenn sie ihre Vollstreckbarkeit verlören, sobald das Kind über eine Staatsgrenze gebracht wird.

171. Keines der bisher geprüften Argumente hat mich davon überzeugt, dass die unter den Voraussetzungen von Art. 20 angeordneten Maßnahmen hinsichtlich der Anerkennung und Vollstreckung in anderen Mitgliedstaaten anders behandelt werden müssen als — einstweilige oder sonstige — Maßnahmen, die ein gemäß der Verordnung für die Entscheidung in der Hauptsache zuständiges Gericht trifft. Ein weiteres Argument, das die Mutter, die deutsche und die ungarische Regierung anführen, erscheint hingegen stichhaltiger.

172. Der Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 der Verordnung ist mit dem Wortlaut von Art. 12 der Verordnung Nr. 1347/2000 und (abgesehen von dem Wort „Übereinkommen“ anstelle von „Verordnung“) auch mit dem von Art. 12 des Brüssel-II-Übereinkommens identisch. In der Begründung für den Vorschlag der Kommission aus dem Jahr 1999, der zum Erlass der Verordnung Nr. 1347/2000 geführt hat [74], und im Borrás-Bericht zum Brüssel-II-Übereinkommen [75] heißt es (gleichlautend) zu diesen Vorschriften: „Die Bestimmung dieses Artikels stellt lediglich auf territoriale Wirkungen in dem Staat ab, in dem die Maßnahmen ergriffen werden.“ In der Begründung für den 2002 eingebrachten Vorschlag der

74 — KOM(1999) 220 endg.
75 — In Fn. 8 angeführt.

Kommission für die aktuelle Verordnung [76] wiederum heißt es zu Art. 20: „Dieser Artikel lehnt sich eng an Artikel 12 der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 an. …“, allerdings ohne eine ausdrückliche Bezugnahme auf territoriale Wirkungen.

173. Der Kontext deutet somit darauf hin, dass die Verfasser aller drei Rechtsakte einstweilige Maßnahmen, die allein wegen ihrer Dringlichkeit und wegen der Anwesenheit von Personen oder Vermögensgegenständen von einem nicht für die Entscheidung in der Hauptsache zuständigen Gericht angeordnet werden, bewusst vom Geltungsbereich der Bestimmungen über die Anerkennung und Vollstreckung in anderen Mitgliedstaaten ausnehmen wollten. Es muss davon ausgegangen werden, dass der Rat beim Erlass der Verordnung Nr. 1347/2000 diese Absicht kannte und billigte, da er den vorgeschlagenen Art. 12 der genannten Verordnung nicht geändert hat. Meines Erachtens kann ebenfalls davon ausgegangen werden, dass es einer ausdrücklichen Formulierungsänderung bedurft hätte, wenn man diesen Ansatz in der aktuellen Verordnung hätte modifizieren wollen.

174. Es ist zuzugeben, dass andere Elemente in den entfernteren Vorgängern der Verordnung für eine Anerkennung und Vollstreckung sprechen könnten. Im Schlosser-Bericht über die 1978 erfolgten Beitritte zum Brüsseler Übereinkommen [77] heißt es z. B. zu der entsprechenden Bestimmung des Übereinkommens, dass die große Vielfalt der einstweiligen Maßnahmen im Recht Irlands und des Vereinigten Königreichs gewisse Schwierigkeiten mit sich bringe, „wenn es darum geht, die aus diesen Staaten stammenden vorläufigen Entscheidungen in das Vollstreckungsrecht der Gründungsstaaten der Gemeinschaft einzuordnen“ — woraus sich ergibt, dass die Vollstreckung in anderen Mitgliedstaaten vorgesehen war. Auch der Lagarde-Bericht zum Übereinkommen von 1996 [78] zeigt, dass wegen ihrer Dringlichkeit gemäß Art. 11 jenes Übereinkommens angeordnete Schutzmaßnahmen in allen Vertragsstaaten anerkannt werden sollen, während einstweilige Maßnahmen, die nicht dringlich sind, nach Art. 12 lediglich territoriale Wirkungen entfalten.

175. Trotz dieser Anhaltspunkte, so überzeugend sie auch sein mögen, und trotz der mir einleuchtenden [79] Vorteile, die sich ergäben, wenn die unter den Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 1 angeordneten Maßnahmen in anderen Ländern nach Maßgabe der Verordnung bis zum Tätigwerden des in der Hauptsache zuständigen Gerichts vollstreckt und anerkannt werden könnten, scheint mir aus der unmittelbaren Entstehungsgeschichte der Vorschrift doch hervorzugehen, dass solche Maßnahmen ihrer Bestimmung nach primär nur in dem Mitgliedstaat Wirkung entfalten sollen, in dem die Maßnahmen angeordnet werden. Die Art. 21 ff. der Verordnung, die eine nahezu automatische Anerkennung und Vollstreckung in anderen Mitgliedstaaten

76 — KOM(2002) 222 endg.
77 — In Fn. 10 angeführt, Nr. 183.
78 — In Fn. 16 angeführt, Nr. 72 und 75.
79 — Vgl. oben, Nr. 170 a. E.

vorsehen, finden auf solche Maßnahmen daher keine Anwendung.

176. Ich möchte jedoch betonen, dass das Ergebnis, zu dem ich somit gelange, keineswegs so zu verstehen ist, dass die Verordnung einer Anerkennung oder Vollstreckung der unter den Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 1 angeordneten Maßnahmen in anderen Mitgliedstaaten *entgegensteht*. Es ist vielmehr dahin zu verstehen, dass die Anerkennung und Vollstreckung solcher Maßnahmen nicht von der Verordnung erfasst wird. Für von der Verordnung nicht erfasste Bereiche gelten im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten aber weiterhin die bereits geschlossenen Übereinkommen. [80] Ein insoweit einschlägiges Übereinkommen könnte das Europäische Übereinkommen von 1980 [81] sein, das nicht nach einstweiligen und sonstigen Maßnahmen unterscheidet, sondern vielmehr in Art. 14 vorsieht, dass jeder Vertragsstaat „für die Anerkennung und Vollstreckung von Sorgerechtsentscheidungen ein einfaches und beschleunigtes Verfahren an[wendet]". Im vorliegenden Fall könnte sich auch der bilaterale Vertrag von 1983 [82] als relevant erweisen.

177. Wenn also eine unter den Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 1 — und damit aufgrund der nach nationalem Recht vorgesehenen Zuständigkeiten und Rechtsbehelfe — angeordnete einstweilige Maßnahme nicht die vorteilhafte Behandlung durch die in der Verordnung geregelten nahezu automatischen Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren erfahren kann, so können ihr dennoch andere, wenngleich möglicherweise umständlichere Verfahren nach nationalem Recht zugutekommen, insbesondere Verfahren nach Maßgabe multilateraler oder bilateraler Übereinkünfte, an denen die betreffenden Mitgliedstaaten als Vertragsparteien beteiligt sind.

178. Angesichts dessen halte ich es nicht für notwendig, der Frage nachzugehen (Einwand [iv] oben, Nr. 113), ob das Gericht des Vollstreckungsstaats die nach Art. 20 angenommene Zuständigkeit in Zweifel ziehen kann. Dass sich M zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Beschlusses nicht in Spanien aufgehalten hat und somit eine der Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 1 nicht erfüllt war, ist für die deutschen Gerichte ohne Belang, wenn die Bestimmungen der Verordnung über Anerkennung und Vollstreckung in Fällen, in denen eine Zuständigkeit aufgrund von Art. 20 Abs. 1 bejaht wird, ohnehin nicht anwendbar sind. Erwägungen gleicher Art kommen dann auch gegenüber der Rüge zum Tragen, der streitige Beschluss sei zum Zeitpunkt des Vollstreckungsantrags nicht mehr gültig gewesen.

179. Wenn die Anerkennung und Vollstreckung einer unter den Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 1 angeordneten Maßnahme nicht zum Regelungsbereich der Verordnung gehört, gilt bei der Beantragung der Anerkennung oder Vollstreckung auch nicht das

80 — Vgl. Art. 59 bis 62 der Verordnung.
81 — Vgl. oben, Nrn. 40 und 46.
82 — Vgl. oben, Nr. 48.

in Art. 24 normierte Verbot der Nachprüfung der Zuständigkeit.

Schlussbemerkungen

180. Bei der Prüfung der mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen angesprochenen Problemkreise habe ich es für nötig gehalten, einen weiten Ansatz zu verfolgen und auch Bereiche zu untersuchen, die sich letzten Endes für die Lösung der zu entscheidenden Fragen als nicht unbedingt relevant herausstellen mögen.

181. Dies ist größtenteils bedingt durch die offenbare Diskrepanz zwischen der Grundlage (worin auch immer diese bestanden haben mag), auf der das spanische Gericht sich für zuständig erachtet hat, und der Grundlage, die das vorlegende Gericht in dem bei ihm anhängigen Verfahren dem spanischen Gericht unterstellt hat.

182. Diese Diskrepanz — in Verbindung mit, wie man leider sagen muss, dem Fehlen jedweder Erklärungen seitens des Vaters — dürfte nicht nur den Gerichtshof in seinem Bemühen, eine sachdienliche Antwort auf die aufgeworfene Grundfrage zu geben, sondern auch die Mitgliedstaaten und die Kommission bei dem Versuch behindern, den Gerichtshof dabei zu unterstützen. Insgesamt hat dies wahrscheinlich auch zur Verlängerung eines Verfahrens beigetragen, das ganz im Gegenteil unter Berücksichtigung des Wohls der betroffenen Kinder soweit wie möglich hätte beschleunigt werden müssen.

183. Die Diskrepanz ist anscheinend zum Teil auf die mangelnde Klarheit des streitigen Beschlusses bei der Angabe der Zuständigkeitsgrundlage für seinen Erlass und zum Teil vielleicht auch auf die verfahrensrechtlichen Zwänge zurückzuführen, die durch den von der Mutter mit ihrer Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof gestellten Antrag entstanden sind und denen dieser Antrag auch selbst unterworfen war.

184. Ungeachtet der Ursachen veranlassen mich jedoch Bestehen und Folgen der Diskrepanz, nochmals die Pflichten hervorzuheben, die den nationalen Gerichten als Ausfluss des von der Verordnung verlangten gegenseitigen Vertrauens obliegen, wobei es das wesentliche Ziel der Verordnung ist, eine rasche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten über die elterliche Verantwortung durch dasjenige Gericht sicherzustellen, das den Fall zum Wohl des Kindes — und hier zum Wohl von noch sehr jungen Zwillingen — am besten entscheiden kann.

185. Dieses Ziel ist im vorliegenden Fall nicht erreicht worden.

Ergebnis

186. Nach alledem bin ich der Auffassung, dass der Gerichtshof die Frage des Bundesgerichtshofs wie folgt beantworten sollte:

— „Einstweilige Maßnahmen, die ein Gericht eines Mitgliedstaats auf der Grundlage der Zuständigkeit anordnet, die gemäß den Regeln über die Zuständigkeit für die Entscheidung in der Hauptsache nach der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und im Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung besteht, müssen gemäß den Art. 21 ff. dieser Verordnung in anderen Mitgliedstaaten in derselben Weise anerkannt und vollstreckt werden wie jede andere auf dieser Grundlage ergangene Entscheidung.

— Einstweilige Maßnahmen, die ein Gericht eines Mitgliedstaats nach nationalem Recht unter den Voraussetzungen des Art. 20 der Verordnung Nr. 2201/2003 anordnet, brauchen in anderen Mitgliedstaaten nicht gemäß den Art. 21 ff. der Verordnung anerkannt oder vollstreckt zu werden. Diese Verordnung steht jedoch deren Anerkennung oder Vollstreckung in Verfahren des nationalen Rechts nicht entgegen, insbesondere in Verfahren nach Maßgabe multilateraler oder bilateraler Übereinkünfte, an denen die betreffenden Mitgliedstaaten als Vertragsparteien beteiligt sind.

— Ein Gericht, das mit einem Antrag auf Anerkennung oder Nichtanerkennung einer einstweiligen Maßnahme oder mit einem Antrag auf Vollstreckbarerklärung befasst ist, ist befugt, die Grundlage, auf die das Gericht des Ursprungsmitgliedstaats seine Zuständigkeit gestützt hat, entweder anhand des Wortlauts oder des Inhalts der Entscheidung oder erforderlichenfalls durch direkte Verständigung mit jenem Gericht oder durch Einschaltung der zuständigen Zentralen Behörden zu ermitteln. Wenn — und nur wenn — keiner dieser Wege zu einem klaren und zufriedenstellenden Ergebnis führt, darf davon ausgegangen werden, dass

die Zuständigkeit unter den Voraussetzungen des Art. 20 Abs. 1 angenommen wurde. Bei einstweiligen Entscheidungen über die elterliche Verantwortung können, falls die Korrektheit einer nach Art. 39 der Verordnung Nr. 2201/2003 ausgestellten Bescheinigung in Frage gestellt wird, dieselben Verständigungswege für die Feststellung genutzt werden, ob die Entscheidung im Ursprungsmitgliedstaat (immer noch) vollstreckbar ist; bleibt eine solche Verständigung erfolglos, können andere Beweismittel herangezogen werden, sofern sie rechtzeitig beigebracht werden."