SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 5. März 2009 [1]

I — Einleitung

1. Der Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nr. 5 de San Javier (Spanien) hat dem Gerichtshof zwei Fragen nach der Auslegung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten zur Vorabentscheidung vorgelegt [2]. Das Gericht hat Zweifel an der gemeinschaftlichen Definition des Begriffs „außergerichtliches Schriftstück" im Sinne der Verordnung. Die Frage stellt sich anlässlich der Übermittlung einer Reihe von privaten Schreiben durch einen Notar an die Juzgados de San Javier zur Zustellung im Vereinigten Königreich.

2. Dem Gerichtshof bietet sich damit die Möglichkeit, über bedeutende und vielschichtige juristische Streitfragen zu entscheiden. Erstens ist die Zulässigkeit fraglich, denn das vorlegende Gericht führt aus, es entscheide gemäß Art. 68 EG in letzter Instanz. Die Kommission teilt diese Ansicht nicht, so dass der Gerichtshof erstmals dazu Stellung nehmen muss, ob das Urteil Lykeskog [3] auf die genannte Vorschrift übertragbar ist. Zweitens wäre, wenn sich bestätigt, dass das vorlegende Gericht in letzter Instanz entscheidet, festzustellen, ob das Vorabentscheidungsersuchen statthaft ist. Da es um die Zustellung außergerichtlicher Schriftstücke in einem außergerichtlichen Zusammenhang geht, ist nicht ersichtlich, dass ein echtes gerichtliches Verfahren vorliegt. Folglich ist das Urteil Job Centre [4] zu untersuchen und entsprechend den Umständen des Falls heranzuziehen. Drittens ist die eigentliche Sachfrage von großem Interesse, um über einen der vieldeutigsten Aspekte der Verordnung Nr. 1348/2000, den Begriff „außergerichtliches Schriftstück", zu entscheiden.

II — Sachverhalt

3. Am 23. Oktober 2007 ließ die Roda Golf & Beach Resort SL (im Folgenden: Roda Golf), eine Gesellschaft mit Sitz in San Javier, bei einem Notar eine notarielle Niederschrift über eine Zustellung und eine Aufforderung beurkunden, die den Antrag enthielt, gemäß der Verordnung Nr. 1348/2000 über den

1 — Originalsprache: Spanisch.
2 — ABl. L 160, S. 37.
3 — Urteil vom 4. Juni 2002, Lyckeskog (C-99/00, Slg. 2002, I-4839).
4 — Urteil vom 19. Oktober 1995, Job Centre (C-111/94, Slg. 1995, I-3361).

Urkundsbeamten der Geschäftsstelle der Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de San Javier 16 an Empfänger im Vereinigten Königreich gerichtete Schreiben zu übermitteln.

4. In den Schreiben wird die einseitige Auflösung der Grundstückskaufverträge erklärt, die mit den jeweiligen Empfängern abgeschlossen worden waren.

5. Am 2. November 2007 erschien der Notar beim Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des Gerichts und übergab die Urkunde über die Zustellung der notariellen Niederschrift gemeinsam mit den 16 Originalschreiben.

6. Mit einer Organisationsmaßnahme vom 29. November 2007 lehnte der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle die Übermittlung der Schreiben ab. Er führte aus, die Verordnung Nr. 1348/2000 sehe die Übermittlung außergerichtlicher Schriftstücke ausschließlich im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens vor; ein solches liege hier nicht vor. Da er der Auffassung war, dass der Antrag von Roda Golf nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung falle, gab er ihm nicht statt.

7. Am 13. Dezember 2007 legte Roda Golf gemäß Art. 227 der Ley de Enjuiciamiento Civil (spanisches Zivilprozessgesetz) beim Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nr. 5 de San Javier Widerspruch ein. Im Rahmen der Entscheidung über das Rechtsmittel gegen diese Organisationsmaßnahme sieht sich das Gericht vor Fragen nach der Auslegung der Verordnung Nr. 1348/2000 gestellt, die es für die Entscheidung über den Antrag von Roda Golf für wesentlich hält; es hat deshalb das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art. 68 EG in Verbindung mit Art. 234 EG vorgelegt.

III — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

8. Titel IV des EG-Vertrags räumt den Organen die Befugnis ein, Politiken im Zusammenhang mit dem freien Personenverkehr durchzuführen. Im Zusammenhang mit diesem Vorabentscheidungsverfahren sind folgende Bestimmungen hervorzuheben:

„Art. 65

Die Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen, die, soweit sie für das reibungslose Funktionieren des Binnen-

marktes erforderlich sind, nach Artikel 67 zu treffen sind, schließen ein:

a) Verbesserung und Vereinfachung

— des Systems für die grenzüberschreitende Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke,

....

Art. 68

(1) Artikel 234 findet auf diesen Titel unter folgenden Umständen und Bedingungen Anwendung: Wird eine Frage der Auslegung dieses Titels sowie der Gültigkeit oder Auslegung von auf diesen Titel gestützten Rechtsakten der Organe der Gemeinschaft in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so legt dieses Gericht dem Gerichtshof die Frage zur Entscheidung vor, wenn es eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält.

...“

9. Die Verordnung Nr. 1348/2000 regelt die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten [5]. Im vorliegenden Fall sind der zweite und der sechste Erwägungsgrund bei der Auslegung hilfreich, wonach für „das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts … die Übermittlung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen, die in einem anderen Mitgliedstaat zugestellt werden sollen, zwischen den Mitgliedstaaten verbessert und beschleunigt werden [muss]“. Dazu ist es erforderlich, dass die Übermittlung dieser Schriftstücke „unmittelbar und auf schnellstmöglichem Wege zwischen den von den Mitgliedstaaten benannten örtlichen Stellen“ erfolgt.

10. Die Verordnung Nr. 1348/2000 betrifft zwar spezifisch außergerichtliche Schriftstücke, sie definiert diese jedoch nicht und sieht keine eigene Regelung für ihre Zustellung vor. Ihnen ist nur eine Vorschrift gewidmet, Art. 16:

„Außergerichtliche Schriftstücke können zum Zweck der Zustellung in einem anderen

5 — Die Verordnung Nr. 1348/2000 wurde durch die Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten aufgehoben und ersetzt. Mit der neuen Regelung werden jedoch keine für dieses Vorabentscheidungsersuchen relevanten Änderungen eingeführt.

Mitgliedstaat nach Maßgabe dieser Verordnung übermittelt werden."

11. In Erfüllung der Vorgabe des Art. 17 Buchst. b der Verordnung Nr. 1348/2000 erließ die Kommission am 25. September 2001 eine Entscheidung zur Erstellung eines Handbuchs über die Empfangsstellen und eines Glossars über die Schriftstücke, die zugestellt werden können [6], deren Anhang II das Glossar der zustellbaren Schriftstücke enthält, allerdings nur orientierend und nicht erschöpfend. Im Spanien betreffenden Abschnitt wird ausgeführt: „Bei den zustellbaren außergerichtlichen Schriftstücken handelt es sich um nichtgerichtliche Dokumente von Behörden, die nach spanischem Recht zustellungsbefugt sind."

B — *Nationales Recht*

12. Die Art. 223 und 224 der Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (Zivilprozessgesetz) vom 7. Januar 2000 (im Folgenden: LEC) [7] regeln die Entscheidungen des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle in Zivilsachen.

„Art. 223. Organisationsmaßnahmen

1. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle erlässt die Organisationsmaßnahmen, durch die das Verfahren den im Gesetz vorgesehenen Gang nimmt.

2. Organisationsmaßnahmen enthalten lediglich den Tenor, den Namen des erlassenden Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, das Datum sowie dessen Unterschrift.

Art. 224. Überprüfung von Organisationsmaßnahmen

1. Organisationsmaßnahmen, durch die über Fragen entschieden wird, über die nach dem Gesetz durch richterliche Verfügung, Beschluss oder Urteil entschieden werden muss, sind nichtig.

2. Unbeschadet der im vorstehenden Absatz geregelten Fälle können prozessleitende Ver-

6 — Entscheidung der Kommission 2001/781 zur Erstellung eines Handbuchs über die Empfangsstellen und eines Glossars über die Schriftstücke, die nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten zugestellt werden können (ABl. L 298, S. 1). Dieses Dokument wurde zweimal geändert: durch die Entscheidung der Kommission 2002/350/EG vom 3. April 2002 (ABl. L 125, S. 1) und die Entscheidung der Kommission 2007/500/EG vom 16. Juli 2007 (ABl. L 185, S. 24). Keine dieser beiden Änderungen betrifft diese Rechtssache.

7 — BOE vom 8. Januar 2000, Nr. 7.

fügungen auf Antrag der beschwerten Partei für nichtig erklärt werden, wenn sie gegen eine gesetzliche Bestimmung verstoßen oder wenn durch sie über eine Frage entschieden wird, die nach den Bestimmungen dieses Gesetzes der richterlichen Verfügung vorbehalten ist.

3. Die Anfechtung im Sinne des vorstehenden Absatzes richtet sich nach den Bestimmungen über den Widerspruch."

13. Gemäß Art. 224 Abs. 3 LEC richtet sich die Anfechtung von Organisationsmaßnahmen nach den zivilprozessrechtlichen Bestimmungen über den Widerspruch. Dieses Verfahren ist allgemein für die Überprüfung von Verfügungen und Beschlüssen vorgesehen und in den Art. 451 bis 454 LEC geregelt:

„Art. 451. Anfechtbare Entscheidungen. Ausschluss der aufschiebenden Wirkung

Gegen Verfügungen und Beschlüsse, die nicht unanfechtbar sind, ist das Rechtsmittel des Widerspruchs bei dem Gericht, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat, gegeben; der Widerspruch hat keine aufschiebende Wirkung.

Art. 452. Frist, Form und Unzulässigkeit

Der Widerspruch ist binnen fünf Tagen einzulegen; in ihm ist der Rechtsverstoß darzulegen, mit der die Entscheidung nach Ansicht des Widerspruchführers behaftet ist.

Sind diese beiden Voraussetzungen nicht erfüllt, wird der Widerspruch durch nicht anfechtbaren Beschluss für unzulässig erklärt.

Art. 453. Anhörung der Widerspruchsgegner und Entscheidung

1. Wird der Widerspruch zugelassen, so wird den übrigen Verfahrensbeteiligten eine Frist von fünf Tagen zu seiner Anfechtung gewährt.

2. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist entscheidet das Gericht unabhängig davon, ob Schriftsätze eingereicht wurden, binnen fünf Tagen durch Beschluss.

Art. 454. Unanfechtbarkeit des Beschlusses über den Widerspruch

„Art. 202

Außer in den Fällen, in denen die Beschwerde zulässig ist, findet gegen den Beschluss, mit dem über einen Widerspruch entschieden wird, kein Rechtsbehelf statt, unbeschadet der Möglichkeit, den Gegenstand des Widerspruchs im Rahmen der Anfechtung der endgültigen Entscheidung zu wiederholen."

Notarielle Zustellungsurkunden dienen der Übermittlung einer Mitteilung oder einer Entscheidung an eine Person auf Antrag dessen, der um die Tätigkeit des Notars nachgesucht hat. Notarielle Aufforderungen haben darüber hinaus den Zweck, den Empfänger zu einer bestimmten Handlung aufzufordern.

14. Gemäß Art. 455 LEC ist gegen die Beschlüsse der Juzgados de Primera Instancia das Rechtsmittel der Berufung gegeben, sofern sie „endgültig" sind oder „das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht".

Sofern sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt, kann der Notar nach seinem Ermessen die Zustellungen und Aufforderungen bewirken, indem er dem Empfänger die Bescheinigung, die Abschrift oder das Schreiben mit eingeschriebenem Brief mit Rückschein übersendet.

15. Art. 207 LEC schließlich sieht Folgendes vor: „Endgültige Entscheidungen sind solche, die die erste Instanz abschließen, und solche, durch die über Rechtsmittel gegen derartige Entscheidungen entschieden wird."

Macht der Notar von dem im vorstehenden Absatz geregelten Verfahren keinen Gebrauch, sucht er den von dem Ersuchenden angegebenen Wohnsitz oder Ort, an dem die Zustellung oder die Auforderung zu erfolgen hat, auf und gibt seine Eigenschaft als Notar und den Grund seines Erscheinens bekannt. Ist der Empfänger nicht anwesend, kann die Bescheinigung jeder anderen Person ausgehändigt werden, die sich an dem bezeichneten Ort befindet und ihre Identität nachweist. Ist niemand bereit, die Zustellung entgegenzunehmen, wird dieser Umstand vermerkt. Hat das Gebäude einen Hausmeister, kann die Amtshandlung ihm gegenüber vorgenommen werden.

16. Notarielle Urkunden sind im Reglamento Notarial (Notarordnung) von 1944 [8] geregelt, das mehrfach geändert wurde. Die Art. 202 bis 206 regeln die notariellen Zustellungsurkunden und die notariellen Aufforderungen wie folgt:

8 — Dekret vom 2. Juni 1944 über die endgültige Genehmigung der Verordnung über die Organisation und die Regelung des Notarwesens (BOE vom 7. Juli 1944, Nr. 189).

Die Amtshandlung erfolgt durch die Aushändigung der Bescheinigung, die der Notar zumindest mit seinem Handzeichen versehen hat und die den Wortlaut der Zustellung bzw. der Aufforderung und die Belehrung des Empfängers über sein Recht auf Erwiderung und die entsprechende Frist gemäß Artikel 204 enthält.

…

Art. 203

Verweigert der Empfänger oder sein Vertreter die Annahme der Bescheinigung oder leistet er aktiv oder passiv Widerstand gegen den Empfang, wird dies niedergelegt und festgestellt, dass die Zustellung vollzogen ist. Ebenso wird jeder andere Umstand niedergelegt, der den Notar an der Übergabe der Bescheinigung hindert; in diesem Fall wird entsprechend Artikel 202 Absatz 6 vorgegangen.

Art. 204

Der Aufgeforderte oder Zustellungsempfänger hat das Recht, im Rahmen desselben Beurkundungsvorgangs zu erwidern, ohne dass seine Antwort andere Aufforderungen oder Zustellungen enthalten darf, die Gegenstand einer gesonderten Beurkundung sein müssen.

…

Art. 206

In den Gesetzen oder Verordnungen geregelte Zustellungen und Aufforderungen, für die keine spezifischen Voraussetzungen oder Verfahren vorgesehen sind, erfolgen nach den vorstehenden Artikeln. Sehen diese Bestimmungen jedoch eine spezifische Regelung vor oder bestimmen sie im Hinblick auf den Wohnsitz, den Ort, die Personen, gegenüber denen die Amtshandlungen vorzunehmen sind, andere Voraussetzungen oder Verfahren, sind diese Bestimmungen maßgebend, ohne dass die Bestimmungen der Artikel 202 ff. der Notarordnung Anwendung finden."

IV — Die Vorlagefragen

17. Mit Beschluss vom 3. Januar 2008 hat der Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nr. 5 de San Javier ein Vorabentscheidungs-

ersuchen gemäß Art. 68 EG in Verbindung mit Art. 234 EG vorgelegt. Nach einer kurzen Darlegung, dass die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind (dass also gegen die Entscheidung des ersuchenden Gerichts kein Rechtsbehelf stattfindet), stellt er dem Gerichtshof folgende Fragen:

1. Fällt die Zustellung von ausschließlich außergerichtlichen Schriftstücken zwischen Privatpersonen unter Nutzung der Sachmittel und des Personals der Gerichte der Europäischen Union und deren europäischer Regelung ohne Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens in den Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1348/2000 des Rates, oder

2. findet die Verordnung Nr. 1348/2000 nur im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und in einem laufenden gerichtlichen Verfahren Anwendung (Art. 61 Buchst. c EG, Art. 67 Abs. 1 EG und Art. 65 EG sowie sechster Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1348/2000)?

18. Das Vorabentscheidungsersuchen ist am 14. Januar 2008 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen. Roda Golf, die Regierungen Lettlands, Ungarns, Polens, der Slowakischen Republik, der Tschechischen Republik, Spaniens, Griechenlands, Deutschlands und Italiens sowie die Kommission haben innerhalb der in Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs bestimmten Frist schriftliche Erklärungen eingereicht.

19. Da trotz der potenziellen praktischen Auswirkungen dieses Falls auf die nationalen Gerichtsverfassungen weder einer der genannten Staaten noch die Kommission oder die Widerspruchsführerin des Ausgangsverfahrens in der dafür vorgesehenen Frist die Eröffnung des mündlichen Verfahrens beantragt hat, konnte am 13. November 2008 mit der Ausarbeitung dieser Schlussanträge begonnen werden.

V — Zulässigkeit

20. Die Kommission wendet ein, der Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nr. 5 de San Javier sei nicht befugt, ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 68 EG vorzulegen, da er kein letztinstanzliches Gericht sei und kein Rechtsstreit zwischen Parteien anhängig sei. Alle Regierungen, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, schweigen zu diesem Punkt, während Roda Golf verschiedene Gründe für die Zulässigkeit anführt. Da es sich um eine heikle Frage zu Art. 68 EG handelt, untersuche ich beide Rügen detailliert und getrennt.

A — *Erster Einwand gegen die Zulässigkeit: Art. 68 EG und der Begriff des Gerichts, dessen Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden können*

21. In dieser Rechtssache muss der Gerichtshof die Einschränkung in Art. 68 EG untersuchen, nach der nur letztinstanzliche Ge-

richte Vorabentscheidungsersuchen zu Titel IV des EG-Vertrags und auf ihn gestützte Rechtsakte vorlegen können. Bevor diese Bestimmung auf den konkreten Fall angewandt wird, erscheint es mir angebracht, die Entstehungsgeschichte und die Beweggründe, die die Mitgliedstaaten dazu veranlassten, eine derartige Maßnahme zu treffen, darzustellen und dabei die Einschränkungen und Nachteile dieser Beschränkung des gerichtlichen Dialogs herauszustellen.

1. Ursprung und Rechtfertigung des Art. 68 EG

22. Bei allen Vorteilen, die er mit sich bringt, hat der Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eine beträchtliche Anpassung der traditionellen Werkzeuge des Rechts erforderlich gemacht. Der freie Personenverkehr im Gebiet der Union stellte eine Herausforderung für das Integrationsprojekt dar, denn mit dem Ortswechsel verlagert der Einzelne auch seine vitale Interessenssphäre. So wurde beispielsweise durch die Vorschriften des Schengen-Besitzstands vorsichtig eine gegenseitige Anerkennung auf dem Gebiet des Strafrechts eingeführt [9] , die Bestimmungen über die Aufenthaltsbedingungen mussten eine Antwort auf die Schwierigkeiten für Staatsangehörige von Drittstaaten, die rechtlich mit Gemeinschaftsbürgern verbunden sind, geben [10], und die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen hat zu einer Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen den Behörden verschiedener Staaten geführt, die in der europäischen Geschichte ohne Beispiel ist [11].

23. In diesem Zusammenhang haben sich die Mitgliedstaaten angesichts der Auswirkungen dieses Prozesses auf die justizielle Architektur der Union mit Vorsicht geäußert. Im Rahmen der Vorarbeiten zum Vertrag von Amsterdam hat der Vorsitz des Rates sich angesichts der großen Zahl der Vorabentscheidungsersuchen, die an den Gerichtshof gerichtet werden und ihn überlasten und seine Leistungsfähigkeit, aber auch die der nationalen Gerichte, die um Vorabentscheidung ersuchen, beeinträchtigen könnten, besorgt gezeigt. Vor diesem Hintergrund schlug der Vorsitz vor, eine Reihe von Alternativen zur Rolle des Gerichtshofs zu untersuchen [12].

24. Die Überlegungen im Rat fanden ihren Niederschlag in Art. 68 EG, der im Zuge der Reformen durch den Vertrag von Amsterdam eingeführt wurde. Die Bestimmung ermächtigt die Gerichte der Mitgliedstaaten zur Anwendung von Art. 234 EG in Verbindung mit Titel IV EG sowie auf diesen Titel gestütztem Sekundärrecht, aber mit einigen

9 — In Art. 54 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (ABl. L 239, S. 19) wurde der strafrechtliche Grundsatz *ne bis in idem* aufgenommen, dessen Rechtsprechung zur Stärkung der gegenseitigen Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen beigetragen hat.

10 — Die tief gehenden Probleme, die auf diesem Gebiet aufgetreten sind, haben zu einer Wende in der Rechtsprechung geführt. So das Urteil vom 25. Juli 2008, Metock u. a. (C-127/08, Slg. 2008, I-6241).

11 — Das bezeichnendste Symbol für diesen tief greifenden Wandel stellt der Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. L 190, S. 1) dar, zu dem Entscheidungen von großer Tragweite ergangen sind, wie das Urteil vom 3. Mai 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Slg. 2007, I-3633, Randnr. 28).

12 — Allgemeiner Rahmen für ein Projekt zur Reform der Verträge, Kommentar zu Art. G. Der Text kann in der *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Nr. 1, 33, 1997, S. 187, konsultiert werden. Zu den Ursprüngen der Bestimmung Albors-Llorens, A., „Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam", *Common Market Law Review,* Nr. 35, 1998, S. 1273 bis 1276, Langrish, S., „The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights", 23 *European Law Review,* 1998, S. 8, und Labayle, H., „Le Traité d'Amsterdam. Un espace de liberté, de sécurité et de justice", *Revue Trimestrielle de Droit Européen,* Nr. 33, 1997, S. 873 und 874.

Abweichungen, unter denen die Beschränkung des Vorabentscheidungsersuchens auf nationale Gerichte, deren Entscheidungen nicht mit Rechtsmittel angefochten werden können, hervorzuheben ist.

25. Mit Art. 68 EG kamen die Vorabentscheidungsersuchen mit unterschiedlicher Geschwindigkeit und wurde eine Unterscheidung eingeführt, die im Gegensatz zur traditionellen Solidität und Einheitlichkeit des gemeinschaftlichen Rechtsbehelfssystems steht und mit der man sich über die Auffassung des Gerichtshofs hinweggesetzt hat, der in seinem Bericht aus dem Jahr 1995 über bestimmte Aspekte der Anwendung des Vertrags über die Europäische Union [13] jede Beschneidung der Befugnis der nationalen Gerichte, Vorabentscheidungsersuchen vorzulegen, abgelehnt hatte. Eine solche Einschränkung bedeutet nach Ansicht des Gerichtshofs eine Verringerung der Einheitlichkeit und der Kohärenz des Gemeinschaftsrechts [14].

26. Auf Drängen der Mitgliedstaaten wurde die Regelung des Vorabentscheidungsverfahrens geändert, auch wenn es schwerfällt, sich die befürchtete Lawine von Fragen vorzustellen, hat doch Art. 35 EU, der den Gerichten aller Mitgliedstaaten zur Verfügung steht, die die Zuständigkeit des Gerichtshofs nach Abs. 2 dieses Artikels anerkannt haben — zu denen Spanien nicht gehört — [15], keine verheerenden Auswirkungen gehabt. Im Gegenteil, die kürzlich erfolgte Einführung des Eilverfahrens für Vorabentscheidungsersuchen ist ein offensichtliches Zeichen für die Bereitschaft des Gerichtshofs, den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts betreffende Rechtssachen zu entscheiden, ohne dass eine besondere Beunruhigung angesichts möglicher Lawinen von Vorabentscheidungsersuchen erkennbar ist [16].

27. Art. 68 EG ist im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz zu sehen. Die Regelungen, die die Vorlagemöglichkeit einschränken, sind eng auszulegen. Die Schwächen der Beschränkungen, die Art. 68 EG den nationalen Gerichten auferlegt, haben eine Reihe von praktischen Konsequenzen, die im Folgenden dargestellt und in Bezug auf den vom Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nr. 5 de San Javier vorgelegten Fall erörtert werden sollen.

13 — Bericht des Gerichtshofs vom Mai 1995.

14 — In Randnr. 11 kommt diese Sorge klar zum Ausdruck: „Die Beschränkung der Möglichkeit, den Gerichtshof anzurufen, hätte zur Folge, dass die einheitliche Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts in der gesamten Union in Frage gestellt würde. Dadurch entstünde die Gefahr, dass der Einzelne eines effektiven Rechtsschutzes beraubt und die Einheitlichkeit der Rechtsprechung beeinträchtigt würde … Das System des Vorabentscheidungsersuchens stellt die wahre Grundlage für das Funktionieren des Binnenmarkts dar, denn es ist grundlegend für die Bewahrung des gemeinschaftlichen Charakters des durch die Verträge verankerten Rechts und dafür, diesem Recht unter allen Umständen dieselbe Wirkung in allen Mitgliedstaaten zu gewährleisten. … Eine der wesentlichsten Funktionen des Gerichtshofs besteht gerade in der Gewährleistung der zitierten einheitlichen Auslegung durch die Beantwortung der Vorabentscheidungsersuchen der nationalen Gerichte."

15 — Diese Mitgliedstaaten, zu denen Spanien nicht gehört, haben allen ihren Gerichten die Befugnis eingeräumt, Vorlagefragen gemäß Art. 35 EU zu stellen. Obwohl es noch keinen aktualisierten Stand der Erklärungen gibt, kann unter http://curia.europa.eu/de/instit/txtdocfr/txtsenvigueur/art35.pdf ein nützliches Dokument eingesehen werden, dass die Direktion Wissenschaftlicher Dienst und Dokumentation des Gerichtshofs ausgearbeitet hat.

16 — Das am 15. Januar 2008 (ABl. L 24, S. 39) eingeführte und in Art. 104b der Verfahrensordnung des Gerichtshofs geregelte neue Eilverfahren für Vorabentscheidungsersuchen kann neben den zweifelsohne vorhandenen Risiken für die Kohärenz und Einheitlichkeit der Rechtsprechung (um nicht von der Beeinträchtigung grundlegender prozessualer Garantien wie derjenigen, die mit der Transparenz im Zusammenhang stehen, zu sprechen) auch die Arbeitsfähigkeit des Gerichtshofs gefährden, wenn es in der Zukunft (möglicherweise) zu einer Verfahrenslawine kommt. Diese Gefahren haben die Urheber des neuen Verfahrens nicht schrecken können.

2. Die enge Auslegung der Beschränkungen des gerichtlichen Dialogs in Art. 68 EG

28. Jede Ausnahme von einer Regel ist eng auszulegen. Die Besonderheiten des Vorlageverfahrens nach Art. 68 EG entfernen sich vom *genus* des Art. 234 EG, so dass die Auslegung dieser Bestimmung mit Zurückhaltung erfolgen muss. Freilich erreicht man dieses Ergebnis nicht nur mit hermeneutischen Kriterien.

29. Der Zugang zur Justiz bildet einen wesentlichen Pfeiler der westlichen Rechtskultur. „To no one will we sell, to no one will we deny or delay right or justice", hieß es in der Magna Carta aus dem Jahr 1215 [17], die ein Axiom aufstellte, das in Europa fortgalt, bis es in der Europäischen Menschenrechtskonvention [18], der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [19] und der Rechtsprechung des Gerichtshof Niederschlag fand [20]. Zu den allgemeinen Prinzipien des Gemeinschaftsrechts gehört damit das Recht auf einen effektiven Rechtsschutz, das den Zugang zu den Gerichten strukturiert. In einigen Mitgliedstaaten wie Deutschland und Spanien umfasst die Ausgestaltung dieses Grundrechts auch das Vorlageverfahren nach Art. 234 EG [21]. Dieses Verfahren erweist sich in zweifacher Weise als bedeutend für den Schutz der Verfahrensgarantien des Einzelnen in gemeinschaftlicher wie in einzelstaatlicher Hinsicht [22]. Der Zugang zu den Gerichten impliziert nicht nur die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens, sondern auch, dass dieses vom zuständigen Gericht durchgeführt wird. Darüber hinaus gibt das Vorlageverfahren den Erfordernissen der Einheitlichkeit und Kohärenz des Gemeinschaftsrechts prozessuale Form, so dass jedes nationale Gericht befugt sein muss, den Gerichtshof um Hilfe zu ersuchen [23]. Jedes Hindernis, das einem nationalen Gericht bei der Vorlage eines Vorabentscheidungsersuchens in den Weg gestellt wird, führt zu einer Abwertung dieses Grundrechts. Ausgehend von dieser Prämisse lässt sich der Schluss ziehen, dass die Beschränkungen des Art. 68 EG weniger starr erscheinen, legt man diese Bestimmung im Licht des effektiven Rechtsschutzes aus. [24]

30. Es gibt darüber hinaus institutionelle Gründe, die für eine restriktive Auslegung des Art. 68 EG sprechen. Der wichtigste ist,

17 — *Magna Carta Libertatum*, Kapitel 40. Zur Entwicklung des dem Zugang zur Justiz zugrunde liegenden Werts Zuckerman, A., *Zuckerman on Civil Procedure. Rules and Procedures,* Sweet & Maxwell, London, 2006, S. 59 bis 64.

18 — Art. 6 des Übereinkommens.

19 — Art. 47 der Charta.

20 — Urteile vom 15. Mai 1986, Johnston (222/84, Slg. 1986, 1651, Randnrn. 18 und 19), vom 15. Oktober 1987, Heyens u. a. (222/86, Slg. 1987, 4097, Randnr. 14), vom 27. November 2001, Kommission/Österreich (C-424/99, Slg. 2001, I-9285, Randnr. 45), vom 25. Juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Rat (C-50/00 P, Slg. 2002, I-6677, Randnr. 39), und vom 19. Juni 2003, Eribrand (C-467/01, Slg. 2003, I-6471, Randnr. 61).

21 — Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 9. Januar 2001 und Urteil des spanischen Verfassungsgerichts 58/2004 vom 19. April 2004. Interessante Anmerkungen zu diesen Urteilen bei Arndt, F., „The German Federal Constitutional Court at the Intersection of National and European Law: Two Recent Decisions", *German Law Journal,* Nr. 11, 2001, und Alonso García, R., „Comentario a la sentencia 58/2004", *Common Market Law Review,* Nr. 42, 2005.

22 — Martín Rodríguez, P., „La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional de derecho comunitario", *Revista Española de Derecho Constitucional,* Nr. 72, 2004, und Azpitarte Sánchez, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado,* Ed. Civitas, Madrid, 2002.

23 — Urteil vom 16. Dezember 2008, Cartesio (C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Randnrn. 96 und 97).

24 — Für die Anwendung dieses Kriteriums auf Art. 68 EG plädiert Baquero Cruz, J., „El Auto Dem'Yanenko: expulsión de ciudadanos de terceros Estados y TJCE", *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo,* Nr. 19, 2004, S. 944 ff.

dass allein der Gerichtshof über die Gültigkeit von Rechtsakten der Gemeinschaft zu befinden hat. Wird das Vorlagerecht auf die Gerichte letzter Instanz beschränkt, werden den untergeordneten Instanzen Entscheidungen, mit denen gemeinschaftliche Rechtsakte für ungültig erklärt werden, vorenthalten, die nach dem Vertrag allein dem Gerichtshof zukommen [25]. Diese Situation zwingt die Gerichte, deren Entscheidungen anfechtbar sind, eine Vorschrift anzuwenden, die sie für ungültig halten, oder, noch schlimmer, die Negativkontrolle vorzunehmen, die nur dem Gerichtshof obliegt. Eine zu starre Auslegung des Begriffs der letzten Instanz würde daher das Risiko einer Zersplitterung der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Gemeinschaftsbestimmungen erhöhen.

31. Folglich ist es nicht erstaunlich, dass es zu Initiativen zur Überwindung des Art. 68 EG kommt, wie jener der Kommission im Jahr 2006 zur Beseitigung der Ausnahmen dieser Bestimmungen zugunsten der Einheitlichkeit, des effektiven Rechtsschutzes und der effizienten Arbeitsweise der Gemeinschaftsjustiz [26]. Auch wenn diese Initiative keinen Erfolg hatte, sind die Äußerungen der Kommission doch hinreichend deutlich, wenn sie ausführt, dass Art. 68 „dem Grundsatz der Verfahrensökonomie [widerspricht]“ [27], „Ressourcen der nationalen Gerichte … sinnlos [vergeudet]“ [28] und sogar „im Verhältnis zum Rest des Vertrags unlogisch [ist]“ [29]. Auch die Mitgliedstaaten hatten keine Bedenken, die Besonderheiten des Art. 68 EG in Bezug auf das Vorlageverfahren zu beseitigen, als sie den Entwurf eines Verfassungsvertrags für Europa bzw. des Vertrags von Lissabon ausarbeiteten, deren Bestimmungen die unterschiedliche Regelung des Vorlageverfahrens nicht mehr vorsehen.

32. Um es noch einmal zu sagen, die Beschränkung der Vorlagebefugnis auf letztinstanzliche Gerichte ist eng auszulegen. Das Inkrafttreten des Art. 68 EG stellte einen Präzedenzfall dar, dessen Vereinbarkeit mit dem Geist von Art. 234 EG zweifelhaft ist wegen der Anomalien, die er in dessen Dynamik wie auch in die gerichtliche Architektur der Gemeinschaft hineinbringt. Wie Pierre Pescatore in einem kürzlich erschienenen Beitrag schrieb, stellt der Mechanismus des Art. 234 EG „einen sakrosankten Teil des juristischen Vermächtnisses Europas dar“ [30]. Jeder Änderung dieses Ecksteins für das Funktionieren des Binnenmarkts [31] ist mit größter Vorsicht zu begegnen, denn das europäische Justizmodell gründet ganz auf dem erfolgreichen Vorlageverfahren. Es überrascht daher nicht, dass sich diejenigen, die alternative Modelle vertreten, von der Gemeinschaftstradition entfernt haben und sich

25 — Urteil vom 22. Oktober 1987, Foto-Frost (314/85, Slg. 1987, 4199, Randnr. 20).

26 — Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften über die Anpassung der die Zuständigkeit des Gerichtshofs betreffenden Bestimmungen des Titels IV des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft im Hinblick auf die Gewährleistung eines effektiveren gerichtlichen Rechtsschutzes vom 28. Juni 2006 (KOM[2006] 346). Dieses Dokument, das Art. 68 EG ausgesprochen kritisch gegenübersteht, steht im Gegensatz zum Standpunkt der Kommission im vorliegenden Verfahren. Wenn ihrer Auffassung nach die Bestimmung den Zugang zu den Gerichten erschwert, kann ich nicht nachvollziehen, warum sie sich derart nachdrücklich für die Unzulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens des vorlegenden Gerichts ausspricht, zumal wenn man bei der Sachprüfung feststellt, dass die Kommission eine maximalistische Konzeption der Verordnung Nr. 1348/2000 vertritt, die das klare Interesse dieses Falls für die Verfahrensparteien, aber auch für das Recht des sich entwickelnden Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zeigt.

27 — Ebd., S. 6.

28 — Ebd.

29 — Ebd., S. 7.

30 — Pescatore, P., „Preliminary Rulings — Evolution of the System“, *50th Anniversary of the Court of Justice of the European Communities. Conference on Cooperation between the Court of Justice and the National Courts*, Amt für Veröffentlichungen, Luxemburg, 2003, S. 29.

31 — Diesen Begriff übernehme ich von Präsident Robert Lecourt aus seinem Beitrag „Le rôle unificateur du juge dans la Communauté“, *Études de droit des Communautés Européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Ed. Pedone, Paris, 1984, S. 227.

dafür auf Art. 68 EG stützen [32]. Wenn es an der Zeit sein sollte, das Kooperationsverhältnis zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten zu ändern, kann eine Reform wie die des Art. 68 EG nicht der richtige Weg sein.

33. Eingedenk dessen, dass der Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nr. 5 de San Javier auf der ersten Ebene der spanischen Zivilgerichtsbarkeit angesiedelt ist, ist festzustellen, ob ein letztinstanzliches Gericht im Sinne des Art. 68 EG ein solches ist, das an der Spitze der nationalen Gerichtsverfassung steht, oder dasjenige, das nach dem innerstaatlichen Rechtsmittelsystem als Letztes entscheidet. Mit anderen Worten ist zu prüfen, wie es der Gerichtshof bereits im Urteil Lyckeskog [33] in Bezug auf Art. 234 EG getan hat, ob der Organtheorie oder der Theorie des konkreten Rechtsstreits zu folgen ist. Das zitierte Urteil ist Letzterer gefolgt und hat die sehr eingehenden Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano bestätigt, der die in diese Richtung gehende Entwicklung der Rechtsprechung herausgearbeitet hatte [34]. In Randnr. 15 des Urteils ist festgestellt worden, dass Kohärenz und Einheitlichkeit erreicht werden, „wenn die obersten Gerichte … *und alle Gerichte, deren Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln angegriffen werden können* … der Vorlagepflicht unterliegen".

34. Die Antwort auf dieses Dilemma ist in den zuvor dargestellten Argumenten, aber auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu finden. Wenn die Auslegung von Art. 68 EG dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes anzupassen ist, muss versucht werden, sie den Anforderungen dieses Prinzips anzugleichen [35]. Logischerweise fand dieser Gedanke im Urteil Lyckeskog seinen Niederschlag, denn er erlaubt es, die Zahl der vorlageberechtigten Gerichte zu erweitern, unabhängig von ihrer Stellung nach ihrer Gerichtsverfassung. Dieser Ansatz erweist sich auch dann als richtig, wenn das Vorabentscheidungsersuchen auf Art. 68 EG gestützt ist.

35. Ebenso stelle ich einen gewissen Gleichklang zwischen meinem Vorschlag und der Rechtsprechung zur justiziellen Zusammen-

32 — Komárek, J., „In the court(s) we trust? On the need for hierarchy and differentiation in the preliminary ruling procedure", *European Law Review,* Nr. 32, 2007, S. 486 ff., spricht sich für ein alternatives Modell zur Gemeinschaftsrechtsprechung aus, das Differenzierung und Hierarchie kombiniert, und stützt sich dabei auf die Einschränkungen des Art. 68 EG.

33 — Oben in Fn. 3 angeführt.

34 — Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano vom 21. Februar 2002, Nrn. 32 bis 38. Am Beginn dieser Entwicklung stehen das historische Urteil vom 15. Juli 1964, Costa/ENEL (6/64, Slg. 1964, 1141), und das Urteil vom 24. Mai 1977, Hoffmann-La Roche (107/76, Slg. 1977, 957). Wenngleich es sich nur um eine Kuriosität handelt, kann ich der Versuchung nicht widerstehen, das Fehlzitat im Urteil Lyckeskog zu erwähnen, das die Theorie des konkreten Rechtsstreits statt auf das Urteil Costa auf das Urteil vom 27. März 1963, Da Costa (verbundene Rechtssachen 28/62, 29/62 und 30/62, Slg. 1963, 61), stützt. Die Namensähnlichkeit der Parteien in beiden Rechtssachen ist offensichtlich, doch, wenn nicht alles täuscht, trägt das Urteil Da Costa, das für die Lehre vom „acte clair" bahnbrechend war, wenig zu der in der Rechtssache Lyckeskog zu lösenden Frage bei.

35 — Diese Ansicht vertritt auch eine überwältigende Mehrheit in der Lehre. Besonders eindringlich Alonso García, R., *El juez español y el Derecho comunitario,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, S. 228: „Wird der Zugang zum EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens sowohl im Hinblick auf die Auslegung wie auch die Wirksamkeit für Gerichte ausgeschlossen, deren Entscheidungen anfechtbar sind, könnte eine Lektüre der besagten Formel nach der abstrakten oder Organtheorie zu schweren Brüchen nicht nur in der Auslegung, sondern in der Anwendung des Titels IV des EG-Vertrags selbst führen, soweit sie die Türen für die Feststellung der Unwirksamkeit von gemeinschaftlichen Rechtsakten auf nationaler Ebene öffnen würden, die, wenn sie in einziger oder letzter Instanz von untergeordneten Gerichten stammen, irreversibel wären." Vgl. auch Cheneviere, C., „L'article 68 CE — Rapide survol d'un renvoi préjudiciel mal compris", *Cahiers de Droit Européen,* Nr. 40, 2004, S. 569-572; Girerd, P., „L'article 68 CE: un renvoi préjudicial d'interpretation et d'application incertaines", *Revue Trimestrielle de Droit Européen,* Nr. 35 (2), 1999, S. 243, und Valle Gálvez, A., „Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia de las CCEE tras el Tratado de Ámsterdam", *Noticias de la Unión Europea,* 2000, Nr. 186, S. 29.

arbeit in Zivil- und Handelssachen fest. Im Urteil Danmarks Rederiforening [36] ist eine Vorlage auf der Grundlage des Protokolls betreffend die Auslegung des Brüsseler Übereinkommens durch den Gerichtshof [37] zugelassen worden, das dänische Vorabentscheidungsersuchen dem Højesteret (oberster Gerichtshof) vorbehielt, während das Ersuchen in diesem Rechtsstreit vom Arbejdsret (Arbeitsgericht) ausging, der letztinstanzlich entschied. In Randnr. 16 des Urteils heißt es, dass eine wörtliche Auslegung des Protokolls „zur Folge [hätte], dass in Dänemark im Rahmen einer Klage wie derjenigen des Ausgangsverfahrens entstandene Fragen über die Auslegung des Brüsseler Übereinkommens in keinem Fall Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens sein könnten". Damit ist das Vorabentscheidungsersuchen zugelassen worden, die Theorie des konkreten Rechtsstreits ist zwar nicht auf dem Gebiet des Art. 68 EG selbst, aber doch auf einem benachbarten Gebiet heimisch geworden [38].

36. Aufgrund dieser Erwägungen neige ich zu der Ansicht, dass Art. 68 EG, wenn er von Gerichten spricht, deren Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmittel angefochten werden können, sowohl die höchsten Gerichte als auch alle anderen nationalen Gerichte umfasst, deren Entscheidungen unanfechtbar sind.

37. Folglich ist der Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nr. 5 de San Javier, obwohl er nicht an der Spitze der nationalen Gerichtspyramide steht, berechtigt, ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 68 EG zu stellen, wenn seine Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden können. Es muss nur noch festgestellt werden, ob nach den spanischen Verfahrensvorschriften der Einzelne die Entscheidungen dieses Gerichts anfechten kann.

3. Das Rechtsmittelsystem in der spanischen Zivilgerichtsbarkeit

38. Der Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nr. 5 de San Javier hebt in seinem Beschluss hervor, dass er für die Entscheidung über einen Widerspruch gegen eine Organisationsmaßnahme des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle desselben Gerichts, gegen die das Rechtsmittel des Widerspruchs gegeben ist (Art. 224 LEC), das zwar für Verfügungen und Beschlüsse vorgesehen ist (Art. 451 LEC), aber durch Gesetz auf Organisationsmaßnahmen erstreckt wurde, zuständig ist.

39. Gemäß Art. 455 LEC ist gegen endgültige Beschlüsse das Rechtsmittel der Berufung gegeben. Diese Art der Anfechtung schließt auch Beschlüsse ein, mit denen über das Rechtsmittel des Widerspruchs entschieden wird.

36 — Urteil vom 5. Februar 2004, DFDS Torline (C-18/02, Slg. 2004, I-1417).

37 — Protokoll vom 3. Juni 1971 betreffend die Auslegung des Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen durch den Gerichtshof.

38 — Der Fall ist nicht genau im Anwendungsbereich von Art. 68 EG angesiedelt, da die 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. L 12, S. 1) zum Zeitpunkt der Vorlage zwar Geltung hatte, aber in Dänemark nicht anwendbar war. Dort war nur eine Berufung auf das Brüsseler Übereinkommen möglich, das dank der Verordnung in den übrigen Mitgliedstaaten „vergemeinschaftlicht" wurde.

40. Der ordentliche Widerspruch, den die LEC allgemein gegen Verfügungen und Beschlüsse vorsieht [39], ist als Rechtsmittel ohne Devolutiveffekt ausgestaltet, als ein Rechtsmittel der Selbstkontrolle, das demselben Richter, der die Entscheidung erlassen hat, deren Überprüfung und gegebenenfalls Aufhebung erlaubt [40]. Der Widerspruch gegen Organisationsmaßnahmen hat jedoch eine ganz andere Bedeutung, denn es wird eine Rechtshandlung eines untergeordneten Organs bei einem übergeordneten Organ angefochten: Eine Maßnahme des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle wird vom Richter überprüft. Da eine Hierarchie zwischen zwei Organen besteht, gewährt Art. 451 LEC dem Rechtsunterworfenen ein Rechtsmittel, wenn auch mit Besonderheiten gegenüber dem ordentlichen Widerspruch [41].

41. Dieser Unterschied würde die Heterogenität der Lösungen in der nationalen Rechtsprechung rechtfertigen. Die Kommission hat verschiedene Beschlüsse untergeordneter Gerichte angeführt, in denen die Berufung gegen Beschlüsse, durch die über einen Widerspruch gegen eine Organisationsmaßnahme entschieden wird, zugelassen wurde [42]. Dieser Aspekt ist aber unklar, denn es gibt entgegengesetzte Rechtsprechung [43] sowie einen gewissen akademischen Streit [44] mit der Tendenz, die Anfechtbarkeit dieser Beschlüsse gegen die genannten Organisationsmaßnahmen im Wege der Berufung zu verneinen. Zu dieser verfahrensrechtlichen Diskussion könnte der Umstand beitragen, dass die LEC ein junges Gesetz ist, dessen Bestimmungen noch auf eine verbindliche Klärung durch das spanische Tribunal Supremo warten. Es kann aber nicht verneint werden, dass für das nationale Verfahrensrecht bislang nicht eindeutig entschieden ist, ob eine Entscheidung wie die, die der Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nr. 5 de San Javier zu treffen hat, anfechtbar ist.

42. Vor diesem Hintergrund sind zwei wichtige Gesichtspunkte zu bedenken.

43. An erster Stelle ist hervorzuheben, dass das ersuchende Gericht davon überzeugt ist, letztinstanzlich zu entscheiden. Im dritten Entscheidungsgrund des Vorlagebeschlusses wird ausgeführt, dass nach Ansicht des Richters Art. 454 LEC einschlägig ist, was „bedeutet …, dass die Entscheidung über die Zulassung des Antrags auf Einleitung der justiziellen Zusammenarbeit als letztinstanzlich betrachtet wird". Den Streit zwischen den spanischen Gerichten über die LEC hat das Gericht jenes Lands, das im letzten Rechtszug entscheidet, zu lösen, aber nie der Gerichtshof, der, wenn er Art. 454 LEC auslegen würde, sich zu einem spanischen Gericht

39 — Art. 451 bis 454 LEC.

40 — Armenta Deu, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil,* 3. Aufl., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, S. 239 bis 241, sowie Díez-Picazo, I., und de la Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3. Aufl., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004, S. 251 und 252.

41 — Vor Inkrafttreten der LEC aus dem Jahr 2000 wurden Entscheidungen des Urkundsbeamten mit dem „recurso de revisión" angefochten. Der geltende Art. 224 LEC weist noch Spuren der alten Nomenklatur auf, wenn er in seiner Überschrift von der „*revisión* de las diligencias de ordenación" (Hervorhebung nur hier) spricht. Es ist daher festzustellen, dass der Widerspruch (reposición) gegen die genannten Maßnahmen eine atypische Technik darstellt, die sich nicht vollständig in die Struktur der Rechtsmittel ohne Devolutiveffekt einfügt.

42 — Beschlüsse der Audiencia Provincial Castellón vom 26. Juni 2006 und der Audiencia Provincial Cáceres vom 24. Januar 2006.

43 — Beschluss der Audiencia Provincial Madrid vom 25. Januar 2005.

44 — Aguilera Morales, M., „Resoluciones judiciales y diligencias de ordenación", *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal,* Nr. 3, 2000, S. 277, und Bonet Navarro, A., *Los recursos en el proceso civil,* La Ley, Madrid, 2000, S. 88.

aufschwingen und sich an einer Diskussion beteiligen würde, die Sache der Gerichte dieses Mitgliedstaats ist [45]. Wenn die vorlegende Richterin sich ihrer Stellung als letztinstanzliches Gericht sicher ist, hat der Gerichtshof ihr, die auf der Suche nach gemeinschaftlichen Auslegungskriterien an seine Tür klopft, Vertrauen entgegenzubringen.

44. An zweiter Stelle und unter Verweis auf die Nrn. 28 bis 37 dieser Schlussanträge sollte für den Fall, dass Zweifel auftreten, die günstigste Art der Annäherung an das Vorabentscheidungsersuchen gewählt werden. Folglich kann es angesichts der im spanischen Verfahrensrecht herrschenden Unklarheit im vorliegenden Fall nur eine Lösung geben: die Anerkennung der Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts.

4. Schlussfolgerung

45. Aufgrund des Vorstehenden und eingedenk dessen, dass Art. 68 EG nicht voraussetzt, dass das vorlegende Gericht an der Spitze der Gerichtsorganisation eines Mitgliedstaats steht, und dass nach der Beurteilung der Umstände des Rechtsstreits die Entscheidung des Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nr. 5 de San Javier unanfechtbar ist, ist der erste Unzulässigkeitseinwand der Kommission zurückzuweisen.

B — *Zweiter Einwand gegen die Zulässigkeit: Vorliegen eines Rechtsstreits im Ausgangsverfahren*

46. Es bleibt zu klären, ob das spanische Gericht eine weitere für das Vorabentscheidungsersuchen grundlegende Voraussetzung erfüllt. Dieses Mal und im Unterschied zum vorstehenden Punkt hat die Zulässigkeitsvoraussetzung ihren Ursprung in der Rechtsprechung, die verlangt, dass sich die Frage im Zusammenhang mit einem Rechtsstreit stellt. Mit den Worten des Gerichtshofs „[können] die nationalen Gerichte den Gerichtshof [im Vorabentscheidungsverfahren] nur anrufen …, wenn bei ihnen ein Rechtsstreit anhängig ist und sie im Rahmen eines Verfahrens zu entscheiden haben, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt“ [46]. Der Kommission zufolge hat der Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nr. 5 de San Javier in einem nichtstreitigen Verfahren zu entscheiden, in dem er keine Rechtsprechungsgewalt ausübt. Aufgrund dessen beantragt sie, die Vorlagefrage nicht zuzulassen.

47. Im Übrigen gelten selbstverständlich die vom Gerichtshof für Art. 234 EG entwickelten Unzulässigkeitsgründe ebenso für Vorlagen nach Art. 68 EG. Der Wortlaut dieser Be-

45 — Der Gerichtshof ist zuständig für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts und das nationale Gericht für die Feststellung des anwendbaren Rechts und seine Auslegung. Diese Abgrenzung, die auf dem Respekt gegenüber der Verfahrensautonomie der nationalen Gerichte beruht, ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs fest verankert (Urteile vom 30. April 1974, Sacchi, C-155/73, Slg. 1974, 409, vom 20. Mai 1976, Mazzalai, 111/75, Slg. 1976, 657, vom 8. November 1990, Gmurzynska-Bscher, C-231/89, Slg. 1990, I-4003, und vom 11. September 2008, Unión General de Trabajadores de La Rioja, verbundene Rechtssachen C-428/06 bis C-434/06, Slg. 2008, I-6747).

46 — Beschlüsse vom 18. Juni 1980, Broker (138/80, Slg. 1980, 1975), und vom 5. März 1986, Greis Unterweger (318/85, Slg. 1986, 955, Randnr. 4), sowie das Urteil vom 19. Oktober 1995, Job Centre (oben in Fn. 4 angeführt, Randnr. 9).

stimmung, nach dem Art. 234 EG „auf diesen Titel [IV] … Anwendung [findet]“, zeigt die volle Wirksamkeit der Regelung des Vorlageverfahrens und der Rechtsprechung dazu; Einschränkungen bestehen nur insoweit, als Art. 68 EG solche selbst vorsieht [47]. Daher sollten zur Heranziehung der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Unzulässigkeitsgründen für Titel IV EG einige Urteile untersucht werden.

1. Das Erfordernis eines Rechtsstreits

48. Der Erfolg des Vorlageverfahrens lag vornehmlich in dem weiten Wortlaut, den die Gründungsstaaten bei der Formulierung des Art. 234 EG wählten, die aber dennoch die Einführung von Beschränkungen für die Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen zuließen; zu den wichtigsten gehören folgende Voraussetzungen: Die Frage muss sich einem „Gericht“ stellen [48], der Vorlagebeschluss muss begründet sein [49], hypothetische oder fiktive Fragen sind ausgeschlossen [50], und es muss, was hier von Interesse ist, ein Rechtsstreit vorliegen [51].

47 — Der Gerichtshof hat seine Rechtsprechung mit folgenden Worten auf das Vorlageverfahren nach Art. 35 EU erstreckt: „Ebenso wie Artikel 234 EG macht Artikel 35 EU die Befassung des Gerichtshofes mit einem Vorabentscheidungsersuchen von der Voraussetzung abhängig, dass das nationale Gericht ‚eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält‘, so dass die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Zulässigkeit der nach Artikel 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen grundsätzlich auf Ersuchen um Vorabentscheidung des Gerichtshofes nach Artikel 35 EU übertragbar ist“ (Urteil vom 16. Juni 2005, Pupino, C-105/03, Slg. 2005, I-5285, Randnr. 29). Ich schließe nicht aus, dass der Gerichtshof dieses Kriterium in der Zukunft anpasst, wurde in dem Urteil doch die *„grundsätzliche“* Geltung der traditionellen Zulassungskriterien anerkannt.

48 — Urteil vom 30. Juni 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Slg. 1966, 377).

49 — Urteil vom 26. Januar 1993, Telemarsicabruzzo u. a. (C-320/90 bis C-322/90, Slg. 1993, I-393, Randnr. 6).

50 — Urteil vom 16. Dezember 1981, Foglia (244/80, Slg. 1981, 3045, Randnrn. 18 und 20).

51 — Urteil Job Centre, oben in Fn. 4 angeführt.

49. Zwischen der ersten und der letzten dieser Voraussetzungen besteht eine spezielle und besonders enge Verbindung. Der Begriff „Gericht“ zieht eine Grenze im Hinblick auf die Teilnehmer am europäischen Rechtsgespräch; nicht jede Behörde kann an diesem Gespräch teilnehmen, sondern nur die, die Rechtsprechungsgewalt hat. Im Urteil Vaassen-Göbbels [52] sind mit großer Strenge die Kriterien festgelegt worden, die ein Organ erfüllen muss, um vorlageberechtigt zu sein. In meinen Schlussanträgen in der Rechtssache De Coster [53] habe ich vorgeschlagen, auf dieses Urteil zurückzugehen, da die spätere Entwicklung zu großer Rechtsunsicherheit geführt hat. Gegenwärtig stelle ich fest, dass der Gerichtshof stärker dazu neigt, den Dialog auf die echten Gerichte zu beschränken. Den jüngsten Urteilen ist zu entnehmen, dass im Einklang mit dem ursprünglichen Geist des Urteils Vaassen-Göbbels eine strengere Kontrolle eingeführt wird, die lediglich in einigen Fällen im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes flexibler gehandhabt wird [54].

50. Die Definition des „Gerichts“ steht in enger Verbindung mit der des „Rechtsstreits“, denn um feststellen zu können, ob eine Behörde im Sinne der Kriterien des Urteils Vaassen-Göbbels Recht spricht, muss ein Streit zwischen Parteien bestehen. Trotz dieser scheinbaren Verbindung handelt es sich um unterschiedliche Voraussetzungen, und der Gerichtshof hat sie zu Recht getrennt untersucht.

51. Selbst wenn eine Behörde in die Gerichtsorganisation eines Staats integriert ist, handelt

52 — Oben in Fn. 48 angeführt.

53 — Schlussanträge vom 28. Juni 2001 in der Rechtssache C-17/00, De Coster (Urteil vom 29. November 2001, Slg. 2001, I-944).

54 — Urteile vom 30. Mai 2002, Schmid (C-516/99, Slg. 2002, I-4573, Randnr. 34), und vom 31. Mai 2005, Syfait u. a. (C-53/03, Slg. 2005, I-4609, Randnrn. 31 bis 35).

sie nicht immer in Ausübung solcher Befugnisse. Die erste Voraussetzung betrifft die *Subjekte* dieses Dialogs des Vorabentscheidungsverfahrens, die zweite die *Funktionen*, die beide Gesprächspartner ausüben. Daher hat der Gerichtshof einen Zulassungsgrund, der an die Natur des Organs, und einen anderen, der an seine Aufgaben anknüpft, herausgearbeitet. Mit anderen Worten, ein Gericht spricht nicht immer Recht, auch wenn es Gerichtscharakter hat. Es handelt sich um verschiedene Aspekte, die — meiner Meinung nach zutreffend — eine unterschiedliche Behandlung erfahren.

52. Das Vorgehen des Gerichtshofs ist logisch. Das Vorlageverfahren ist als Zusammenarbeit zwischen Gerichten ausgestaltet, um zu einer einheitlichen Lösung zu finden, die dem konkreten Fall und der Kohärenz der Gemeinschaftsrechtsordnung gerecht wird. Sie stellt somit eine konstruktive Beziehung *von Richter zu Richter* und nicht *von Rechtsstreit zu Rechtsstreit* her, was die Sorgfalt erklärt, mit der der Gerichtshof den Begriff des Gerichts abgegrenzt hat. Stehen die Teilnehmer an dieser Zusammenarbeit aber erst einmal fest, zeigt sich der Gerichtshof sehr viel flexibler. Andernfalls käme man zu eher unsinnigen Ergebnissen: Außergerichtlichen Einrichtungen Gerichtseigenschaft zuzuerkennen, würde beispielsweise dazu führen, die Existenz eines Rechtsstreits bis zur Verflüchtigung zu relativieren; aber umgekehrt wäre das Ergebnis ebenso besorgniserregend, denn eine quasi-gerichtliche Einrichtung könnte schwerlich gerichtliche Funktionen ausüben und wäre daher nie vorlageberechtigt.

53. Es gibt auch rechtspolitische Gründe, die berücksichtigt werden sollten, denn der Gerichtshof nimmt ein Gespräch mit den nationalen Gerichten auf, damit diese später die traditionellen Befugnisse eines Rechtsprechungsorgans ausüben können, wie Erlass einstweiliger Maßnahmen, Vollstreckung von Urteilen und Schutz von Verfahrensrechten. Diese Befugnisse hat der Richter auch, wenn er im Rahmen von Verfahren tätig ist, die nur eingeschränkt streitig sind, oder wenn seine Funktion eher administrativer Art ist. Damit der nationale Richter als gemeinschaftsrechtlicher Richter im Einklang mit den europäischen Bestimmungen Urteile erlassen oder vollstrecken kann, ist die Frage, ob ein Rechtsstreit vorliegt, sorgfältig zu prüfen.

2. Das Erfordernis eines streitigen Verfahrens und die Natur der richterlichen Funktion: zwei Aspekte derselben Voraussetzung

54. Obwohl das vorlegende Gericht in das spanische Justizsystem eingegliedert ist, bestehen Zweifel im Hinblick auf den streitigen Charakter des Verfahrens sowie den Rechtsprechungscharakter seiner Entscheidung. Obwohl beide Aspekte traditionell miteinander verbunden werden, um die Voraussetzung des Vorliegens eines Rechtsstreits zu prüfen, stellen sie unterschiedliche Gesichtspunkte dar, die in der Rechtsprechung individuell behandelt wurden.

55. So hat es der Gerichtshof nicht für entscheidend gehalten, dass ein Verfahren streitigen Charakter hat, damit ein nationales Gericht ihm eine Vorlagefrage stellen kann [55]. Steht die Kooperation *zwischen Richtern* fest, hat das nationale Gericht ein weites Ermessen, ob es ein Vorabentscheidungsersuchen vorlegt. Dieser Gedanke wurde bei zahlreichen Gelegenheiten mit der Maßgabe wiederholt, dass „das Erfordernis eines kontradiktorischen Verfahrens kein absolutes Kriterium [darstellt]“ [56].

56. In der Rechtssache De Coster habe ich darauf hingewiesen, dass das Erfordernis eines streitigen Verfahrens wenig konkret ist [57]. Der Gerichtshof hat nicht systematisch jede Vorlage, bei der es im Ausgangsverfahren nur eine Partei gibt, für unzulässig erklärt. Die Rechtsprechung stellt jedoch drei Voraussetzungen für ein streitiges Verfahren auf: Erstens reicht es, dass ein Einzelner ein Recht geltend macht und ein Gericht anruft, zweitens muss das Begehren hinreichend bestimmt sein, und drittens muss das nationale Gericht seine Rechtsprechungsgewalt unter uneingeschränkter Beachtung der Verfahrensgarantien ausüben. Die Bezugnahme auf die dritte Voraussetzung hat ihren Ausgangspunkt in Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Sind diese Voraussetzungen festgestellt, die alle vor dem Gerichtshof in taktischer Weise und ein wenig ungeordnet nachgewiesen wurden, gilt das Erfordernis eines streitigen Verfahrens im Hinblick auf Art. 234 EG als erfüllt.

57. Eine ähnliche Dynamik gilt, wenn man auf die Natur der richterlichen Funktion abstellt. Im Urteil Job Centre [58] wurde zurückhaltend angedeutet, dass das nationale Gericht richterliche Aufgaben im eigentlichen Sinne ausüben muss. Diese Rechtsprechung wurde später bestätigt, aber ihr wahrer Sinn lässt sich erst erkennen, wenn man den prozessualen Kontext des jeweiligen Rechtsstreits berücksichtigt. In der Rechtssache Job Centre musste der Tribunale civile e penale Mailand im Rahmen eines Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Genehmigung der Gründungsurkunde einer Handelsgesellschaft prüfen. Die Entscheidung des Tribunale hätte die Eintragung in das Register zur Folge gehabt, was zu der Feststellung des Gerichtshofs führte, dass diese Tätigkeit keinen Rechtsprechungscharakter hat. Dieses Kriterium wurde auch in der Rechtssache Salzmann [59] als nicht erfüllt angesehen, in der ein österreichisches Bezirksgericht in seiner Eigenschaft als Grundbuchsrichter ein Vorabentscheidungsersuchen vorgelegt hatte. Zu demselben Ergebnis kam es in der Rechtssache HSB-Wohnbau [60], in der das Amtsgericht Heidelberg als Handelsregistergericht Gesprächspartner war.

58. Allerdings nahm die Rechtsprechung Vorabentscheidungsersuchen wie das des Präsidenten des Tribunale di Torino in einem summarischen Verfahren ohne Anhörung der Parteien, in dem durch einen Zahlungsbefehl („decreto“) entschieden wurde [61], zur Entscheidung an. Auch der italienische Pretore übt eine richterliche

55 — Das Urteil vom 14. Dezember 1971, Politi (43/71, Slg. 1971, 1039), leitete eine erste Milderung des Kriteriums des streitigen Charakters des Ausgangsverfahrens ein. Im Urteil vom 21. Februar 1974, Birra Dreher (162/73, Slg. 1974, 201), wurden in knapper Form die abgeschwächten Kriterien dafür festgelegt, ein an den Gerichtshof gerichtetes Vorabentscheidungsersuchen nicht davon abhängig zu machen, dass das Verfahren, das mit dem *Vorabentscheidungsersuchen des nationalen Gerichts abschließt, streitigen Charakter hat*.

56 — Urteile vom 21. März 2000, Gabalfrisa u. a. (C-110/98 bis C-147/98, Slg. 2000, I-1577, Randnr. 37), und vom 29. November 2001, De Coster (C-17/00, Slg. 2001, I-9445, Randnr. 14).

57 — Schlussanträge oben in Fn. 53 angeführt, Nrn. 29 bis 38.

58 — Oben in Fn. 4 angeführt.

59 — Urteil vom 15. Mai 2003, Salzmann (C-300/01, Slg. 2003, I-4899).

60 — Beschluss vom 10. Juli 2001, HSB-Wohnbau (C-86/00, Slg. 2001, I-5353).

61 — Urteil Politi, oben in Fn. 55 angeführt.

Tätigkeit aus, wenn er untersuchungsrichterliche und staatsanwaltschaftliche Aufgaben wahrnimmt, wie in den Rechtssachen X und Pretore di Salò [62]. Der Gerichtshof hat auch die Tatsache berücksichtigt, dass die Entscheidung formal zwar durch eine politische Einrichtung erfolgte, in der Sache aber in den Händen eines Gerichts blieb. Dies war der Fall in der Rechtssache Garofalo [63], in der geprüft wurde, ob der italienische Consiglio di Stato bei der Abgabe einer Stellungnahme im Rahmen einer außerordentlichen Beschwerde, deren verfügender Teil förmlich vom Präsidenten der Republik erlassen wird, die Voraussetzungen des Art. 234 EG erfüllte. Darüber hinaus wurde die beratende Funktion einiger Gerichte, die keine bindenden Entscheidungen erlassen, auf der Linie mit den Feststellungen in den Rechtssachen Österreichischer Gewerkschaftsbund [64] und Felix Swoboda [65] als ausreichend betrachtet, um ein Vorabentscheidungsersuchen vorlegen zu können. Erst kürzlich hat der Gerichtshof beim Erlass seines zweiten im Eilvorlageverfahren ergangenen Urteils in der Rechtssache Santesteban Goicoechea [66] die Vorlage der französischen Chambres de l'instruction des Cours d'appel zugelassen. Diese Organe üben dem französischen Staatsrat zufolge im Rahmen ihrer Stellungnahmen zu Auslieferungsersuchen — wie in jenem Fall — Verwaltungsbefugnisse aus. Der Gerichtshof konzentrierte seine Prüfung auf den verbindlichen Charakter der Stellungnahmen dieser Organe, ohne dass er dem fehlenden Rechtsprechungscharakter ihrer Entscheidungen größere Bedeutung beimaß [67].

62 — Urteile vom 5. Mai 1977, Pretore di Cento/X (110/76, Slg. 1977, 851), und vom 11. Juni 1987, Pretore di Salò/X (14/86, Slg. 1987, 2545, Randnr. 7).

63 — Urteil vom 16. Oktober 1997, Garofalo u. a. (verbundene Rechtssachen C-69/96 bis C-79/96, Slg. 1997, I-5603, Randnrn. 19 bis 26).

64 — Urteil vom 30. November 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, Slg. 2000, I-10497, Randnrn. 24 bis 30).

65 — Urteil vom 14. November 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Slg. 2002, I-10567, Randnrn. 25 bis 27).

66 — Urteil vom 12. August 2008, Santesteban Goicoechea (C-296/08 PPU, Slg. 2008, I-6307).

67 — Ebd., Randnr. 36.

59. Für Fälle, in denen die Voraussetzungen für die Feststellung des Rechtsprechungscharakters nicht vorliegen, wurde durch das Urteil Job Centre eine besondere Ausnahme eingeführt, denn nachdem der Gerichtshof die Zuständigkeit des Tribunale di Milano verneint hatte, da sie rein verwaltungsrechtlichen Charakters war, ergänzte er: „Nur wenn die Person, die nach nationalem Recht ermächtigt ist, die Genehmigung zu beantragen, einen Rechtsbehelf gegen die Ablehnung der Genehmigung und damit der Eintragung einlegt, kann davon ausgegangen werden, dass das angerufene Gericht eine Rechtsprechungstätigkeit im Sinne des Artikels [234] ausübt, die die Aufhebung eines Rechtsakts, der ein Recht des Antragstellers verletzt, bezweckt." [68] Diese Änderung der Rechtsprechung verfolgt einen begrüßenswerten Zweck, denn wenn das Vorabentscheidungsersuchen für quasi-gerichtliche Verfahren ausgeschlossen wird, besteht die Gefahr, dass das System der Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Gerichts ebenso atypische Merkmale aufweist. In diesem Fall käme die Rechtssache nie vor den Gerichtshof, unabhängig von ihrer Bedeutung für den Rechtsstreit und die Kohärenz der Gemeinschaftsrechtsordnung.

60. Der Gerichtshof hat diese Ausnahme in der Rechtssache Cartesio [69] angewandt, in der es um ein Vorabentscheidungsersuchen des Szegedi Ítélőtábla, Ungarn, im Rahmen eines Berufungsverfahrens gegen die Ablehnung einer Eintragung in das Handelsregister durch ein Handelsgericht ging. Obwohl das Verfahren in der ersten Instanz weder streitigen Charakter hatte noch durch eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abgeschlossen wurde, kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass das Berufungsverfahren trotz der prozessualen Besonderheiten genügend Ansatzpunkte aufwies, um die Aus-

68 — Urteil Job Centre, oben in Fn. 4 angeführt, Randnr. 11.

69 — Urteil Cartesio, oben in Fn. 23 angeführt, Randnrn. 58 bis 60.

nahme nach dem Urteil Job Centre anzuwenden. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Verfahren in beiden Instanzen mit ausgeprägten prozessualen Besonderheiten bei zwei Gerichten durchgeführt wurden, und die Gesellschaft Cartesio einzige Partei war. Dessen ungeachtet hielt der Gerichtshof das Berufungsgericht für befugt, ein Vorabentscheidungsersuchen vorzulegen, um die Fragen beantworten zu können.

3. Die Heranziehung der Rechtsprechung für den vorliegenden Fall

61. Aus dem Vorlagebeschluss und den auf das Ausgangsverfahren anzuwendenden nationalen Bestimmungen ergibt sich, dass der Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nr. 5 de San Javier über einen Widerspruch gegen eine Organisationsmaßnahme des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle dieses Gerichts entscheidet, durch die ein Antrag auf Zustellung außergerichtlicher Schriftstücke abgelehnt wurde. Es ist zu prüfen, ob die Zulassung im Licht der beiden autonomen Aspekte möglich ist: streitiges Verfahren auf der einen und Rechtsprechungscharakter der Entscheidung des vorlegenden Gerichts auf der anderen Seite.

a) Der Grundsatz des streitigen Verfahrens im vorliegenden Fall

62. Roda Golf legte den Widerspruch gegen eine Entscheidung ein, mit der ihr ein Urkundsbeamter der Geschäftsstelle verwehrt hatte, sich auf die Verordnung Nr. 1348/2000 zu berufen, was sich unmittelbar auf ihre Rechtssphäre auswirkte. Durch den Widerspruch soll die Übermittlung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke beschleunigt werden, eben um die Befugnisse und Rechte derjenigen, die befähigt und verpflichtet sind, bestimmte Rechtshandlungen zuzustellen, zu schützen. Daher ist ein unmittelbares Interesse von Roda Golf daran festzustellen, im Wege des Widerspruchs die Gerichte anzurufen.

63. Im Widerspruchsverfahren prüft das ersuchende Gericht nur den Verstoß gegen „eine gesetzliche Bestimmung“ (Art. 224 Abs. 2 LEC). Die Entscheidung über den Widerspruch bestätigt eine juristische These oder weist sie zurück. Demnach prüft das Gericht eine Rechtssache, die zuvor im Widerspruchsschriftsatz von Roda Golf eingegrenzt wurde.

64. Schließlich ist der Widerspruch im Zivilprozessrecht zur Überprüfung von Beschlüssen, Verfügungen und, ausnahmsweise, Organisationsmaßnahmen geregelt. Er unterliegt den allgemeinen Bestimmungen über Rechtsmittel sowie den Prinzipien des effektiven Rechtsschutzes [70]. Das ersuchende Gericht muss sämtliche Verfahrensgarantien, die Roda Golf genießt, in allen Rechtsmittelverfahren vor spanischen Zivilgerichten sicherstellen.

70 — Díez-Picazo, I., und de la Oliva Santos, A., a. a. O. (Fn. 40).

65. Folglich ist das Ausgangsverfahren streitig im Sinne der Regelung des Vorlageverfahrens.

b) *Rechtsprechungscharakter der Tätigkeit des ersuchenden Gerichts im vorliegenden Fall*

66. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle handelte beim Erlass der im Ausgangsverfahren angefochtenen Organisationsmaßnahme nicht als Gericht. Wer den Richter unterstützende Aufgaben wahrnimmt, wird dadurch nicht zum Rechtsprechungsorgan. Nicht umsonst sind seine Entscheidungen gemäß Art. 224 LEC bei seinem Vorgesetzten mit dem Widerspruch anfechtbar. Darüber hinaus würde dem Urteil Job Centre zuwidergehandelt, wenn das Vorabentscheidungsersuchen seinen Ursprung in einem Rechtsstreit hätte, dessen einziges Ziel in der Zustellung von Schriftstücken gemäß der Verordnung Nr. 1348/2000 liegt, denn die Instrumente, die diese Verordnung vorsieht, dienen der Kontrolle eines geregelten Ablaufs eines Zivilverfahrens, aber nicht eines Verfahrens als solches.

67. Im vorliegenden Fall jedoch ist Platz für die durch das Urteil Job Centre eingeführte Ausnahme, nach der die Vorlagefrage zulässig ist, wenn es zwar ursprünglich an einer richterlichen Zuständigkeit fehlt, das Vorabentscheidungsersuchen aber im Rahmen eines späteren Rechtsmittels vorgelegt wird. Wie ich gerade dargestellt habe, stellt das Ausgangsverfahren das Gericht weder durch die Stelle, die zuerst über den Antrag entschied, noch durch die in Rede stehende Materie in einen gerichtlichen Kontext. Jedoch übt das vorlegende Gericht bei der Vorlage eines Vorabentscheidungsersuchens im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens „eine Rechtsprechungstätigkeit … [aus], die die Aufhebung eines Rechtsakts, der ein Recht des Antragstellers verletzt, bezweckt“ [71].

68. Wie ich ausgeführt habe, ist der Widerspruch ein in der spanischen Gesetzgebung vorgesehener Anfechtungsmechanismus, der den Rechtsmitteln ohne Devolutiveffekt zugeordnet ist, denn über ihn entscheidet dasselbe Organ, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat. Er richtet sich nach spezifischen Normen, aber auch nach den allgemeinen Bestimmungen der LEC. Dieses Argument wird dadurch verstärkt, dass, wie ich in den Nrn. 62 bis 64 dieser Schlussanträge darlege, das Rechtsmittel statthaft ist, wenn ein unmittelbares Interesse erkennbar ist, der Gegenstand eingegrenzt ist und alle Verfahrensgarantien beachtet werden.

69. Folglich ist der Rechtsprechungscharakter der wahrgenommenen Zuständigkeit für die Zwecke des Vorabentscheidungsersuchens nachgewiesen.

71 — Urteil Job Centre, oben in Fn. 4 angeführt, Randnr. 11.

4. Ergebnis

70. Aufgrund der vorstehenden Darlegungen und nachdem der streitige Charakter des Ausgangsverfahrens und der Rechtsprechungscharakter der von dem Organ ausgeübten Tätigkeit nachgewiesen sind, schlage ich dem Gerichtshof vor, den zweiten Unzulässigkeitseinwand der Kommission zurückzuweisen.

VI — Die Vorlagefrage

71. Mit der Verordnung Nr. 1348/2000 wurde der Versuch unternommen, den Binnenmarkt in dem Wissen zu fördern, dass die Wirksamkeit und Schnelligkeit bei der Zustellung von gerichtlichen und außergerichtlichen Schriftstücken dazu beiträgt, die Ziele der Verträge zu fördern. Die Initiative war nicht neu, denn bereits in den 60er-Jahren wurde im Rahmen der Haager Konferenz das Übereinkommen aus dem Jahr 1965 angenommen, das dieselbe Materie regelte und das die Mehrzahl der Mitgliedstaaten der Europäischen Union mittlerweile ratifiziert hat [72]. Der Vertrag von Amsterdam verhinderte das Inkrafttreten eines ebenfalls die Zustellung regelnden Übereinkommens aufgrund des alten Art. K.3 EU [73], aber sein Inhalt wurde mit der Verordnung, die der Gerichtshof nunmehr auszulegen hat, übernommen.

72. Wie bereits ihr Name zeigt, regelt die Verordnung Nr. 1348/2000 die Zustellung von gerichtlichen und außergerichtlichen Schriftstücken, wenn auch nur in Zivil- und Handelssachen. Der Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nr. 5 de San Javier fragt nach der genauen Bedeutung des Begriffs „außergerichtliches Schriftstück", weil er es für fraglich hält, ob eine notariell beglaubigte Niederschrift über eine Zustellung und eine Aufforderung, 16 Schreiben mit der Mitteilung der Auflösung eines Kaufvertrags zu übermitteln, ein solches Schriftstück ist.

73. Den in diesem Verfahren eingereichten schriftlichen Erklärungen lassen sich zwei unterschiedliche Linien entnehmen, die gelegentlich vermengt werden. Auf der einen Seite vertreten zwei Staaten die Auffassung, dass außergerichtliche Schriftstücke nur nach der Verordnung Nr. 1348/2000 zugestellt werden könnten, nachdem ein gerichtliches Verfahren eingeleitet worden sei. Da im Ausgangsverfahren noch kein ordentliches Erkenntnisverfahren anhängig gemacht wurde, ist dem Gerichtshof vorgeschlagen worden, die Zustellung solcher Dokumente auf *intraprozessuale* Sachverhalte zu beschränken, und die Frage des spanischen Gerichts dahin gehend zu beantworten. Auf der anderen Seite vertreten eine Mehrheit von Staaten sowie die Kommission und die Klägerin des Ausgangsverfahrens die Ansicht, dass die Zustellung außergerichtlicher Schriftstücke auch dann unter die Verordnung Nr. 1348/2000 falle, wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig gemacht worden sei, und konzentrieren dabei ihr Vorbringen auf Art. 16 der Verordnung, der diese Art von Dokumenten regelt.

74. Das vorlegende Gericht hat zwei Fragen vorgelegt, und diese Dualität wird an den von den an diesem Verfahren Beteiligten vertretenen Thesen deutlich. Es besteht eine

72 — Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 15. November 1965. Aus der Datenbank der Haager Konferenz für internationales Privatrecht ergibt sich, dass in der EU lediglich Österreich und Malta es bis heute nicht ratifiziert haben.

73 — Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 26. Mai 1997 (ABl. C 261, S. 2).

offensichtliche Kontinuität zwischen beiden Fragen, auch wenn sie verschieden sind, so dass ich dem Gerichtshof nahelege, auf dieselbe Art und Weise vorzugehen und zuerst zu prüfen, ob die Verordnung Nr. 1348/2000 die Zustellung von außergerichtlichen Schriftstücken zulässt, wenn das gerichtliche Verfahren noch nicht anhängig ist, und zweitens eine verbindliche Auslegung des Begriffs „außergerichtliches Schriftstück" herauszuarbeiten, der im Gegensatz zum Begriff der gerichtlichen Schriftstücke in der Verordnung nicht definiert ist.

A — *Der prozessuale Kontext der außergerichtlichen Schriftstücke und das Erfordernis eines Rechtsstreits*

75. Das Königreich Spanien und die Slowakische Republik betonen nachdrücklich, dass auf außergerichtliche Schriftstücke, auch wenn sie außergerichtliche Sachverhalte beträfen, die Verordnung Nr. 1348/2000 anwendbar sei, wenn ihre Zustellung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens unverzichtbar sei. Sie folgern dies aus den Funktionen, die Gerichte in den Mitgliedstaaten traditionell wahrnehmen, sowie einer Wortlautauslegung der Erwägungsgründe der Verordnung Nr. 1348/2000.

76. Der sechste Erwägungsgrund betrifft „die Wirksamkeit und Schnelligkeit der gerichtlichen Verfahren in Zivilsachen" und unterstreicht, dass die Übermittlung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke „unmittelbar und auf schnellstmöglichem Wege" erfolgen muss. Daraus ergibt sich, dass die Verordnung anstrebt, Verfahren mit grenzüberschreitendem Bezug zu verbessern. Aufgrund dessen ist der Anwendungsbereich der Verordnung auf die Zustellung außergerichtlicher Schriftstücke im Rahmen eines bei einem nationalen Gericht anhängigen Verfahrens beschränkt.

77. Dem Gedanken der Kommission, ein außergerichtliches Schriftstück werde zu einem gerichtlichen, sobald es zur Gerichtsakte gelange, kann nicht gefolgt werden [74]. Im Verlauf eines Verfahrens besteht gelegentlich die Notwendigkeit, unter Anwendung der Verordnung Nr. 1348/2000 beispielsweise notarielle Schriftstücke oder Gesellschafterbeschlüsse zuzustellen, ohne dass diese Eventualität sie nur deshalb, weil sie Bestandteil eines Verfahrens sind, über das ein Gericht zu entscheiden hat, zu gerichtlichen Schriftstücken werden ließe. Überzeugender ist jedoch der Hinweis der Kommission, dass eine so wesentliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der Verordnung Nr. 1348/2000 ausdrücklich in ihren Wortlaut aufgenommen worden wäre. Die weite Auslegung eines Erwägungsgrundes ist vielleicht nicht das beste Mittel zur Stützung des Standpunkts des Königreichs Spanien und der Slowakischen Republik, insbesondere, wenn es andere gibt, die überzeugender für die Gegenansicht sprechen.

78. Art. 65 EG ist die Rechtsgrundlage der Verordnung Nr. 1348/2000. Rechtsakte des Sekundärrechts, die auf ihn gestützt werden können, sind „Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen", soweit sie für „das reibungslose Funktionieren des

74 — Nr. 45 der schriftlichen Erklärungen der Kommission.

Binnenmarktes“ erforderlich sind. Wenn er von der Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke spricht, bietet der genannte Artikel keinen Anhaltspunkt zur Stützung der Auffassung, es müsse ein Rechtsstreit anhängig sein. Im Gegenteil, die Verordnung Nr. 1348/2000 setzt auf Flexibilität, Schnelligkeit, Effizienz und zügigen Verkehr von gerichtlichen wie außergerichtlichen Schriftstücken, ohne dass an irgendeiner Stelle vorausgesetzt würde, das sie Bestandteil eines gerichtlichen Verfahrens sein müssten. Der sechste Erwägungsgrund mag als Hinweis auf die besondere Bedeutung der schnellen Übermittlung von Schriftstücken im Verlauf von Prozessen formuliert worden sein, ohne jedoch andere Umstände auszuschließen [75].

79. Auch das juristische Glossar der Kommission, das nicht erschöpfend ist, aber die Vielfalt der Dokumente in den Mitgliedstaaten sehr gut zeigt, spricht für eine weite Auslegung des Anwendungsbereichs der Verordnung Nr. 1348/2000. So betrachtet es beispielsweise belgische, deutsche und ungarische notarielle Urkunden als außergerichtliche Schriftstücke. Für Portugal bietet es eine erschöpfende Aufzählung privater Rechtsakte, wie Übertragung von Rechten, Rücktritt von Geschäftsführern einer Gesellschaft oder Verschmelzung von Unternehmen. Für das Vereinigte Königreich sind außergerichtliche Schriftstücke „Schriftstücke, die im Zusammenhang mit allen nicht-gerichtlichen Zivil- oder Handelssachen zuzustellen sind“. Der herausragendste Fall ist aber der Österreichs, für das außergerichtliche Schriftstücke „Schriftstücke zur Wahrung, Durchsetzung oder Abwehr eines zivil- oder handelsrechtlichen Anspruchs, *jedoch außerhalb eines zivilgerichtlichen Verfahrens*“ [76] sind.

80. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass außergerichtliche Schriftstücke im Sinne der Verordnung Nr. 1348/2000 nicht nur solche sind, die sich in einer Gerichtsakte befinden, sondern dass zu ihnen auch diejenigen gehören, die zugestellt werden müssen, unabhängig davon, ob ein Verfahren anhängig ist. Ich räume ein, dass eine oberflächliche Betrachtung zu Missbräuchen führen würde, die die Handlungsfähigkeit der nationalen Gerichte beeinträchtigen könnten. Doch rechtfertigt diese Besorgnis nicht die Einschränkung des Anwendungsbereichs der Verordnung Nr. 1348/2000. Eher sollte sie bei der Definition des Begriffs „außergerichtliches Schriftstück“ berücksichtigt werden. Dieser Punkt wird im Folgenden untersucht.

B — *Die Definition des Begriffs „außergerichtliches Schriftstück“ im Sinne der Verordnung Nr. 1348/2000*

81. Sämtliche Staaten, die sich an diesem Vorabentscheidungsverfahren beteiligt haben, weisen die Definition des Begriffs „außergerichtliches Schriftstück“ im Sinne von Art. 16 der Verordnung Nr. 1348/2000 ihrem jeweiligen Gesetzgeber zu. Während einige Staaten wie Lettland oder Deutschland sich für eine Rückverweisung der Frage *in totum* an das innerstaatliche Rechtsetzungsorgan aussprechen, bevorzugen andere wie

75 — Zur Bedeutung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 im Zusammenhang mit dem Schutz, den die Maßnahmen des Art. 65 EG verfolgen, Marchal Escalona, N., *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo,* Ed. Comares, Granada, 2002, S. 7 bis 9.

76 — Hervorhebung nur hier.

die Tschechische Republik, Ungarn, Polen, Spanien, Griechenland und Italien eine abgestuftere Annäherung und bringen einige gemeinsame Aspekte vor, um einem Gemeinschaftsbegriff Inhalt zu geben, wobei sie allerdings betonen, dass jedem Land ein gewisser Gestaltungsspielraum vorbehalten bleiben muss.

82. Um diese schwierige Situation zu überwinden [77], halte ich es für angebracht, sich an der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu orientieren, konkret an seiner entstehenden Rechtsprechung zur Verordnung Nr. 1348/2000, die einige Regeln an die Hand gibt, die von Interesse sind. In der Rechtssache Leffler [78] hat sich der Gerichtshof mit dem ersten Vorabentscheidungsersuchen zu dieser Regelung befasst und die Folgen der Verweigerung der Annahme eines nach den Vorgaben der Verordnung Nr. 1348/2000 zugestellten Schriftstücks durch seinen Empfänger konkretisiert. Er hat das Vorbringen, dass die Folgen der Zurückweisung des Schriftstücks durch das nationale Recht bestimmt werden müssten, unter Hinweis auf die Risiken einer uneinheitlichen Auslegung der Verordnung rundheraus zurückgewiesen. Mit dem Hinweis, dass der Vertrag von Amsterdam den Instrumenten des jetzigen Titels IV EG „eine neue Dimension“ [79] gegeben hat, hat der Gerichtshof festgestellt, dass dieser Umstand den „Willen der Mitgliedstaaten [belegt], solche Maßnahmen in der Gemeinschaftsrechtsordnung zu verankern *und damit den Grundsatz der autonomen Auslegung dieser Maßnahmen festzulegen*“ [80]. Darüber hinaus wird in dem Urteil hervorgehoben, dass die Wahl der Form der Verordnung statt der von der Kommission ursprünglich vorgeschlagenen Form der Richtlinie zeigt, „welche Bedeutung der Gemeinschaftsgesetzgeber der unmittelbaren Anwendbarkeit *und der einheitlichen Anwendung* der Vorschriften dieser Verordnung beimisst“ [81]. Zu demselben Ergebnis ist der Gerichtshof im Urteil Weiss und Partner [82] gekommen, in dem er im Rahmen der Untersuchung der Folgen der Verweigerung der Annahme einer Zustellung erneut unterstrichen hat, dass die Verordnung Nr. 1348/2000 einheitlich anzuwenden ist [83].

83. Vor diesem Hintergrund glaube ich nicht, dass Art. 16 der Verordnung Nr. 1348/2000 für die Bestimmung der Bedeutung des Gemeinschaftsbegriffs des „außergerichtlichen Schriftstücks“ einschränkungslos auf das nationale Recht verweist. Eine derart wichtige Verweisung hätte in der Bestimmung ihren Niederschlag gefunden, aber weder die Vorschriften noch die Vorgeschichte lassen einen derartigen Willen erkennen. Man kann über

77 — Es handelt sich um eine sensible Materie, obgleich sie einige als irrelevant bezeichnet haben. Sharma, D. H., *Zustellungen im Europäischen Binnenmarkt,* Dunker & Humblot, Berlin, 2003, S. 84, irrt in seiner Analyse, wenn er ausführt, dass der aktuelle Streit nichts für die Wirksamkeit der Verordnung Nr. 1348/2000 befürchten lasse. Die Beteiligung von neun Mitgliedstaaten an diesem Verfahren sowie die Unterschiedlichkeit der Meinungen zeugen vielmehr von einer bedeutenden Reaktion.

78 — Urteil vom 8. November 2005, Leffler (C-443/03, Slg. 2005, I-9611).

79 — Ebd., Randnr. 45

80 — Randnr. 45, Hervorhebung nur hier.

81 — Randnr. 46, Hervorhebung nur hier.

82 — Urteil vom 8. Mai 2008, Weiss und Partner (C-14/07, Slg. 2008, I-3367).

83 — In den Schlussanträgen von Generalanwältin Stix-Hackl vom 28. Juni 2005 in der Rechtssache Leffler (Urteil in Fn. 78 angeführt), Nr. 63, wird darauf hingewiesen, dass die Verordnung eine weitestgehende Annäherung der Rechtsfolgen der in ihren Bestimmungen verankerten Rechte postuliert. Daher erscheint „eine ‚Flucht' in das nationale Recht zwecks Ausfüllung von allfälligen Regelungslücken … wenig konsequent“.

den Grad der Einheitlichkeit, den die Verordnung anstrebt, diskutieren, aber die Mitgliedstaaten können nicht nach Gutdünken die Auslegung des Art. 16 der Verordnung Nr. 1348/2000 manipulieren.

84. Der Wortlaut des Artikels ist nicht ganz eindeutig. Er sieht nur vor, dass außergerichtliche Schriftstücke zum Zweck der Zustellung in einem anderen Mitgliedstaat nach Maßgabe dieser Verordnung übermittelt werden können. Dieser knappe Wortlaut steht im Gegensatz zu den 14 vorangehenden Artikeln, die die Zustellung gerichtlicher Schriftstücke detailliert regeln.

85. In diesem Punkt stimme ich mit der Tschechischen Republik überein, die der Ansicht ist, dass ein außergerichtliches Schriftstück „nach dem Recht des Herkunftsstaats, das anhand des Zwecks der Verordnung und der allgemeinen Grundsätze, die allen nationalen Rechtssystemen zugrunde liegen, auszulegen ist", zu beurteilen sei [84]. Dieser Ausgangspunkt ist in dieser Rechtssache der treffendste, denn die Verordnung Nr. 1348/2000 wollte von der Erfahrung eines jeden Mitgliedstaats profitieren, als sie derartige Schriftstücke regelte. Das von der Kommission veröffentlichte Glossar reflektiert diese nationale Vielfalt und macht Vorgaben nicht nur für die dort aufgezählten Schriftstücke, sondern auch diejenigen, die dort nicht erwähnt sind, bei einer systematischen Auslegung aber unter die Verordnung Nr. 1348/2000 fallen. Art. 16 sieht im „außergerichtlichen Schriftstück" eine gemeinschaftliche Dimension, auch wenn er den Mitgliedstaaten eine bedeutende Rolle zuweist, nämlich ein Modell zu liefern, damit der Gemeinschaftsbegriff diejenigen Dokumente umfasst, die nach der Tradition der Mitgliedstaaten außergerichtlichen Charakter haben können [85].

86. Folglich schlage ich dem Gerichtshof vor, unter Wahrung und im Einklang mit der Verschiedenartigkeit der nationalen Gerichtssysteme und den Zielen der Verordnung eine Definition des Begriffs „außergerichtliches Schriftstück" im Sinne der Verordnung Nr. 1348/2000 zu geben.

87. Ein erster Hinweis für die Formulierung einer Definition dieser Art von Schriftstücken findet sich in der Entstehungsgeschichte der Verordnung Nr. 1348/2000. Ihr bedeutendster Vorgänger ist das bereits erwähnte Haager Übereinkommen aus dem Jahr 1965, dass von der großen Mehrheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ratifiziert wurde und auf das der Gerichtshof im Urteil Weiss und Partner zurückgegriffen hat [86]. Im Gegensatz zu der in Rede stehenden Verordnung definiert das Übereinkommen den Begriff des „außergerichtlichen Schriftstücks" in Art. 17 als Schriftstücke, „die von Behörden und Justizbeamten eines Vertragsstaats stammen". Demnach können nach dem Übereinkommen

84 — Schriftliche Erklärungen der Regierung der Tschechischen Republik, Nr. 8.

85 — Scarano, L. A., „Il Regolamento CE n. 1348/2000 sulle notifiche internazionali intracomunitarie", in Ambrosi, I., und Scarano, L. A., „Diritto Civile Comunitario e Cooperazione Giudiziaria Civile", Ed. Giuffrè, Mailand, 2005, S. 105 und 106.

86 — Urteil oben in Fn. 82 angeführt, Randnr. 52.

nur öffentliche Schriftstücke außergerichtlichen Charakter haben [87].

88. Ein anderer Vorgänger von Interesse ist das auf der Grundlage von Art. K.3 EU ausgearbeitete Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen, das nie in Kraft trat. Wie ich bereits ausgeführt habe, erbte die Verordnung Nr. 1348/2000 die Bestimmungen dieses Übereinkommens einschließlich des jetzigen Art. 16. Der Entwurf des Übereinkommens enthielt einen Erläuternden Bericht von großem Interesse, den der Gerichtshof auch in der Rechtssache Weiss und Partner [88] herangezogen hat. In den Anmerkungen zu Art. 1 werden in dem Bericht die Schwierigkeiten bei der präzisen Bestimmung der „außergerichtlichen Schriftstücke" eingeräumt. Sodann wird aber ausgeführt, dass es sich um „von Justizbeamten erstellte Schriftstücke, wie etwa notariell beglaubigte Urkunden oder Vollstreckungsurkunden, um von amtlichen Stellen eines Mitgliedstaats erstellte Schriftstücke oder auch um Schriftstücke handelt, deren Art es rechtfertigt, dass sie dem jeweiligen Empfänger nach einem offiziellen Verfahren zugeleitet und zur Kenntnis gebracht werden". Dieser Begriff geht weiter als der des Haager Übereinkommens, denn er ist nicht auf außergerichtliche Schriftstücke beschränkt, die von Behörden stammen, sondern er erstreckt sich auf andere Arten von Schriftstücken, die zwar rein privat, aber von besonderer Bedeutung für den Rechtsverkehr sind.

89. Auch das von der Kommission erarbeitete Glossar, in dem höchst verschiedenartige Dokumente zusammengefasst sind, die alle gemeinsame Mindestmerkmale aufweisen, erweist sich als erhellend. Angesichts dieser Heterogenität schlage ich dem Gerichtshof vor, die Definition des Begriffs „außergerichtliche Schriftstücke" im Sinne der Verordnung Nr. 1348/2000 anhand von drei wesentlichen Merkmalen zu untersuchen, die in den Beispielen im Glossar aufgeführt sind.

90. Erstens können unter diesen Begriff Schriftstücke fallen, die unter Mitwirkung einer Behörde oder im Wege eines Verwaltungsakts errichtet wurden, konkret einer „Behörde", die ihre öffentlichen Aufgaben unabhängig von den Gerichten des Herkunftsstaats ausübt. Unter dem Begriff „Mitwirkung" ist zu verstehen, dass das Schriftstück von dieser Behörde stammen kann oder dass sein Inhalt durch eine öffentliche Erklärung bestätigt wird [89]. Ebenso ist unter einer Mitwirkung im Wege eines „Verwaltungsakts" zu verstehen, dass es außergericht-

87 — Das vom Ständigen Büro der Haager Konferenz für internationales Privatrecht verfasste Handbuch zum Übereinkommen von 1965 nennt Beispiele für außergerichtliche Schriftstücke im Sinne von Art. 17 des Vertrags: „extrajudicial documents include … demands por payment, notices to quit in connection with leaseholds or contracts of employment, protests with respect to bills of exchange and promissory notes, provided that they are issued by an authority of huissier. Objections to marriage, consents for adoption, and acceptances of paternity are also in this class insofar as they imply compliance with certain formalities." *Practical Handbook on the Operation of The Hague Service Convention,* Permanent Bureau — Hague Conference, Wilson & Lafleur Ltée, Montreal, 2006, S. 30. Es ist festzustellen, dass im letzten Halbsatz der öffentliche Charakter des Schriftstücks relativiert wird, ohne dass jedoch die Intervention einer Behörde entbehrlich würde.

88 — Oben in Fn. 82 angeführt, Randnrn. 53 und 54. Es fällt auf, dass es der Gerichtshof völlig ausgeschlossen hat, diesen Bericht im Urteil Leffler, dem ersten Fall zur Verordnung Nr. 1348/2000, bei der Auslegung heranzuziehen. Dort hat er in Randnr. 43 festgestellt, dass „dieser Auslegung … nicht mit Erfolg entgegengehalten werden [kann], dass die Folgen der Zurückweisung des Schriftstücks durch das nationale Recht bestimmt werden müssten. In diesem Zusammenhang ist es nicht möglich, sich in begründeter Weise auf die Anmerkungen in dem Erläuternden Bericht zum Übereinkommen … zu berufen." Mit dieser Feststellung sollte eine nationale Zersplitterung der Auslegung der Verordnung verhindert werden.

89 — Sharma, D. H., a. a. O. (Fn. 77), S. 84.

liche Schriftstücke gibt, deren öffentlicher Charakter nicht auf eine Einpersonen- oder Kollegialbehörde zurückgeht, sondern auf einen Rechtsakt. So gibt es Schriftstücke, deren Wirkungen sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben und in der nationalen Rechtsordnung eine solche Bedeutung haben, dass sie einer Zustellung aufgrund der Verordnung Nr. 1348/2000 würdig sind. Auf diese Schriftstücke bezieht sich der Erläuternde Bericht aus dem Jahr 1997, wenn er auf Schriftstücke Bezug nimmt, „deren Art es rechtfertigt, dass sie dem jeweiligen Empfänger nach einem offiziellen Verfahren zugeleitet und zur Kenntnis gebracht werden".

91. Zweitens erzeugen solche Schriftstücke spezifische und differenzierte Rechtswirkungen, da sie förmlich sind. Folglich kommt nicht jedem außergerichtlichen Schriftstück, nur weil es amtlich ist, eine andere Dimension zu, als es sie hätte, wenn an seiner Errichtung keine Behörde mitgewirkt hätte. Nach dem innerstaatlichen Recht kann der Einzelne dazu verpflichtet werden, eine Behörde in Anspruch zu nehmen, um bestimmten Schriftstücken besondere Kraft zu verleihen und dadurch zur Stabilität und zur Sicherheit des Rechtsverkehrs beizutragen. Ist die amtliche Mitwirkung jedoch für die Wirkungen des Schriftstücks unerheblich, liegt meiner Ansicht nach kein „außergerichtliches Schriftstück" im Sinne der Verordnung Nr. 1348/2000 vor. Daher kann sich im vorliegenden Fall die Einstufung des Schriftstücks substanziell ändern, je nachdem ob die Auflösung eines Kaufvertrags durch ein privates Schreiben oder aber in Form einer notariell beglaubigten Urkunde über eine Aufforderung und eine Zustellung unter Mitwirkung einer Behörde mitgeteilt werden muss [90].

92. Drittens muss das in Rede stehende Schriftstück im Sinne der Kohärenz mit dem Hauptziel der Verordnung, im Wesentlichen der wirksamen und schnellen justiziellen Zusammenarbeit in der Gemeinschaft, der Geltendmachung eines Anspruch in einem späteren gerichtlichen Verfahren dienen. Es muss ein minimaler Zusammenhang zwischen der Zustellung einerseits und der Ingangsetzung der Mechanismen der Verordnung Nr. 1348/2000 andererseits bestehen. Andernfalls würden die nationalen Gerichte zu Kurierdiensten für Streitparteien, die nicht einmal einen Rechtsstreit begonnen haben. Diesem Umstand muss der Gerichtshof Rechnung tragen und die Definition des Begriffs „außergerichtliches Schriftstück" mit dieser dritten Voraussetzung eingrenzen.

93. Folglich bin ich der Ansicht, dass außergerichtliche Schriftstücke solche sind, die erstens unter Mitwirkung einer Behörde oder im Wege eines Verwaltungsakts errichtet wurden, zweitens aufgrund der amtlichen Mitwirkung spezifische und differenzierte Rechtswirkungen erzeugen und drittens der Geltendmachung eines Anspruchs in einem späteren gerichtlichen Verfahren dienen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, anhand der drei dargestellten Voraussetzungen festzustellen, ob eine notariell beglaubigte Urkunde über eine Aufforderung und eine Zustellung in Bezug auf die Mitteilung der Auflösung eines Grundstückskaufvertrags ein „außergerichtliches Schriftstück" ist.

90 — Sharma, D. H., a. a. O. (Fn. 77), S. 84, führt als Beispiel für ein außergerichtliches Schriftstück die Auflösung eines Privatvertrags an.

VII — Ergebnis

94. Aufgrund des Vorstehenden schlage ich dem Gerichtshof vor, die Fragen des Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nr. 5 de San Javier wie folgt zu beantworten:

1. Unter den Begriff „außergerichtliche Schriftstücke" im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten fallen nicht nur Schriftstücke, die sich in einer Gerichtsakte befinden, sondern auch solche, die unabhängig davon zuzustellen sind, ob ein Rechtsstreit anhängig ist.

2. Unter den Begriff „außergerichtliche Schriftstücke" im Sinne der Verordnung Nr. 1348/2000 fallen Schriftstücke, die erstens unter Mitwirkung einer Behörde oder im Wege eines Verwaltungsakts errichtet wurden, zweitens aufgrund der amtlichen Mitwirkung spezifische und differenzierte Rechtswirkungen erzeugen und drittens der Geltendmachung eines Anspruchs in einem späteren gerichtlichen Verfahren dienen.

3. Es ist Sache des nationalen Gerichts, anhand der drei dargestellten Voraussetzungen festzustellen, ob eine notariell beglaubigte Urkunde über eine Aufforderung und eine Zustellung in Bezug auf die Mitteilung der Auflösung eines Grundstückskaufvertrags ein „außergerichtliches Schriftstück" ist.