

Nr. 173

STEFAN LEIBLE

**ROM I UND ROM II:
NEUE PERSPEKTIVEN IM EUROPÄISCHEN
KOLLISIONSRECHT**

2009

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 173

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Dr. Stefan Leible

ordentlicher Professor an der Universität Bayreuth

Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht

Referat im Rahmen der Vortragsreihe
„Rechtsfragen der Europäischen Integration“

Bonn, den 08.12.2008

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhalt

| | |
|--|----|
| I. Einführung | 1 |
| II. Der Weg zur Rom I- und Rom II-Verordnung | 1 |
| III. Der „Triumph“ des klassischen Kollisionsrechts | 7 |
| 1. Kein Herkunftslandprinzip | 7 |
| 2. Feste Anknüpfungsregeln mit konkreten Anknüpfungspunkten | 10 |
| 3. Rechtssicherheit vs. Einzelfallgerechtigkeit - Das Beispiel der Ausweichklausel(n) | 15 |
| 4. Grundsatz der engsten Beziehung und besondere Schutzanliegen | 19 |
| IV. Gemeinsame Strukturelemente der Rom I- und Rom II-Verordnung | 22 |
| 1. Ausgestaltung als lois uniformes | 23 |
| 2. Rechtswahlfreiheit | 25 |
| a) Anerkennung der Rechtswahlfreiheit als allgemeines Anknüpfungsprinzip | 25 |
| b) Wählbarkeit nur staatlichen Rechts | 27 |
| c) Konsequenzen für den Common Frame of Reference (CFR) | 30 |
| aa) Draft Common Frame of Reference (DCFR) | 31 |
| bb) Vom DCFR zum CFR | 32 |
| cc) Optionales Instrument | 36 |
| 3. Binnenmarktklausel | 40 |
| V. Auslegungszusammenhang zwischen den Verordnungen Rom I, Rom II und Brüssel I | 43 |
| VI. Rom I und Rom II als Bausteine für ein Rom 0? – Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des Europäischen Kollisionsrechts | 47 |
| 1. Ausgangspunkt | 47 |
| 2. Renvoi | 50 |
| 3. Mehrrechtsstaaten | 55 |
| 4. Eingriffsnormen | 59 |

| | |
|---|----|
| a) Der Begriff der Eingriffsnorm | 59 |
| b) Ausländische Eingriffsnormen | 62 |
| 5. Ordre public | 67 |
| a) Notwendigkeit einer ordre public-Klausel | 67 |
| b) Nationaler oder europäischer ordre public? | 70 |
| c) Schwierigkeiten der inhaltlichen Ausgestaltung – das Beispiel des Strafschadensersatzes | 73 |
| VII. Fazit in fünf Thesen | 76 |

I. Einführung

Mit der Rom I- und der Rom II-VO ist der Europäischen Gemeinschaft erstmals eine - wenn auch nicht lückenlose - Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts der Schuldverhältnisse gelungen. Anliegen des nachfolgenden Beitrags ist es nicht, den Inhalt beider EG-Verordnungen nachzuzeichnen. Stattdessen soll der Frage nachgegangen werden, welche Perspektiven sich aus diesen Verordnungen für das Europäische Kollisionsrecht insgesamt ergeben. Um sie zu beantworten, sollen nach einer kurzen Rückschau (II.) die Anknüpfungsprinzipien der beiden Verordnungen aufgezeigt (III.) und einige gemeinsame Strukturelemente herausgearbeitet werden (IV.), bevor auf den Auslegungszusammenhang zwischen den Rom-Verordnungen und der Brüssel I-VO einzugehen ist (V.) und einige Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des Europäischen Kollisionsrechts präsentiert werden können (VI.). Ein kurzes Fazit in fünf Thesen schließt den Beitrag (VII.).

II. Der Weg zur Rom I- und zur Rom II-Verordnung

Erste Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts der Schuldverhältnisse gab es schon vor siebenunddreißig Jahren. Die Kommission präsentierte bereits 1972 einen Vorentwurf für ein Übereinkommen zum Internationalen Privatrecht, der sowohl Regelungen für die vertraglichen als

auch für die außervertraglichen Schuldverhältnisse enthielt.¹ Aus ihm ging das „Römische EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht“ vom 19. Juni 1980 - kurz EVÜ - hervor.² Dieses Übereinkommen enthält freilich - nomen est omen - nur Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse. Von der ursprünglich ebenfalls vorgesehenen Regelung der außervertraglichen Schuldverhältnisse sah man hingegen aus Zeitgründen ab; denn schon die Verhandlungen über die inhaltliche Ausgestaltung des Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse hatten sich durch den EG-Beitritt des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks im Jahr 1973 über Gebühr verlängert. Seitdem herrschte Funkstille.

Das änderte sich erst nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht. Mit ihm wurde die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen ein Bestandteil der europäischen Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, also der dritten Säule des EUV (Art. K. 1 Nr. 6 EUV).³ 1996 traten Mitgliedstaaten und

¹ Abgedruckt in *RabelsZ* 38 (1974), 211; vgl. dazu auch *Kurt Siehr*, Zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über das Internationale Schuldrecht, *AWD* 1973, 569, sowie Ole Lando/Bernd von Hoffmann/Kurt Siehr (Hrsg.), *European Private International Law of Obligations – Acts and Documents of an International Colloquium on the European Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-contractual Obligations Held in Copenhagen on April 29-30, 1974*, 1975; vgl. außerdem *Rolf Wagner*, Ein neuer Anlauf zur Vereinheitlichung des IPR für außervertragliche Schuldverhältnisse auf EU-Ebene, *EuZW* 1999, 709; *Karl F. Kreuzer*, Die Vollendung der Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts durch das Gesetz zum Internationalen Privatrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse und Sachen vom 21.5.1999, *RabelsZ* 65 (2001), 383 (398); *ders.*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts für außervertragliche Schuldverhältnisse (Rom II), in: Gerte Reichelt/Walter H. Rechberger (Hrsg.), *Europäisches Kollisionsrecht*, 2004, S. 13 (19).

² BGBl. 1986 II, S. 810.

³ Zu Art. K. 1 Nr. 6 EUV in der Fassung des Vertrags von Maastricht vgl. *Alfred Dittrich*, Der Schutz der Unionsbürger durch die justizielle Zusammenarbeit, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres*, 1996, S. 101 (105

Gemeinschaft dann in „Beratungen über die Erforderlichkeit und die Möglichkeit der Ausarbeitung eines Übereinkommens über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)“⁴ ein. Mitentscheidend für die Wiederaufnahme der Arbeiten dürfte unter anderem eine Gesetzesänderung im Vereinigten Königreich sowie in Irland gewesen sein, durch die die sog. double actionability rule⁵ für das Deliktsrecht aufgehoben wurde.⁶ Es bedurfte allerdings erst des Vertrags von Amsterdam⁷ und auch dann noch einiger Jahre, nämlich bis zum 22. Juni 2003, bis mit der Vorlage eines Verordnungsvorschlags⁸ das Rechtsetzungsverfahren eingeleitet wurde.⁹ Dieses Verfahren war aufgrund der zum Teil erhebli-

ff.); *Heike Dohrn*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im Internationalen Privatrecht, 2004, S. 51 ff.; *Thomas Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 2002, S. 26 ff.; *Burkhard Heß*, Die "Europäisierung" des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag - Chancen und Gefahren, NJW 2000, 23 (25 ff.); *Ihor Tarko*, Europäischer Justizraum: Errungenschaften auf dem Gebiet der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, ÖJZ 1999, 401.

⁴ Vgl. ABl. EG 1996 C 319/1 und ABl. EG 1998 C 11/2.

⁵ Vgl. hierzu *Thomas Kadner-Graziano*, Gemeineuropäisches Internationales Privatrecht, 2002, S. 155 ff.

⁶ *Rolf Wagner*, Ein neuer Anlauf zur Vereinheitlichung des IPR für außervertragliche Schuldverhältnisse auf EU-Ebene, EuZW 1999, 709; *Thomas Kadner-Graziano*, Gemeineuropäisches Internationales Privatrecht, 2002, S. 163.

⁷ Vgl. Art. 65 EGV.

⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), KOM (2003) 427 endg.

⁹ Vgl. zum Verordnungsvorschlag die zahlreichen Beiträge in Alberto Malatesta (Hrsg.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, 2006; außerdem z.B. *Martina Benecke*, Auf dem Weg zu Rom II - Der Vorschlag für eine Verordnung zur Angleichung des IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse, RIW 2003, 830; *Katja Fach Gómez*, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (« Roma II »), in: Alfonso Luis Calvo Caravaca/Santiago Areal Ludeñas (Hrsg.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, 2005, S. 3; *Angelika Fuchs*, Zum Kommissionsvorschlag einer „Rom II“-Verordnung, GPR 2003-04, 100; *Hamburg Group for Private International Law*, Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, *RabelsZ* 67 (2003), 1; *Jan von Hein*, Die Kodifikation des europäischen Internationalen Deliktsrechts, *ZVglRWiss* 102 (2003), 528; *ders.*, Die Kodifikation des europä-

chen inhaltlichen Differenzen zwischen Europäischem Parlament auf der einen sowie Rat und Kommission auf der anderen Seite langwierig und wechselhaft. Darauf wird noch einzugehen sein. Die Rom II-Verordnung wurde jedenfalls erst am 11. Juli 2007 erlassen¹⁰ und gilt seit dem 11. Januar 2009.¹¹

ischen IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse vor dem Abschluss? Zum gegenwärtigen Stand der Arbeiten an der Rom-II-Verordnung, *VersR* 2007, 440; *Peter Huber/Ivo Bach*, Die Rom II-VO. Kommissionsentwurf und aktuelle Entwicklungen, *IPRax* 2005, 73; *Karl Kreuzer*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts für außervertragliche Schuldverhältnisse (Rom II), in: Gerte Reichelt/Walter H. Rechberger (Hrsg.), *Europäisches Kollisionsrecht*, 2004, S. 13; *Stefan Leible/Andreas Engel*, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung. Auf dem Weg zu einheitlichen Anknüpfungsregeln für außervertragliche Schuldverhältnisse in Europa, *EuZW* 2004, 7; *Michael Sonntag*, Zur Europäisierung des Internationalen außervertraglichen Schuldrechts durch die geplante Rom II-Verordnung, *ZVglRWiss* 105 (2006), 256; *Peter Stone*, Der Vorschlag für die Rom II-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, *EuLF* 2004, 213; *Symeon C. Symeonides*, Tort Conflicts and Rome II: A View from Across, in: Heinz-Peter Mansel/Thomas Pfeiffer/Herbert Kronke/Christian Kohler/Rainer Hausmann (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, 2004, S. 935; *Pascal de Vareilles-Sommières*, La responsabilité civile dans la proposition de règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), in: Angelika Fuchs/Horatia Muir Watt/Étienne Pataut (Hrsg.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, 2004, S. 185; *Gerhard Wagner*, Internationales Deliktsrecht, die Arbeiten an einer Rom II-Verordnung und der europäische Deliktsgerichtsstand, *IPRax* 2006, 372.

- ¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), *ABl. EU* 2007 Nr. L 199/40. Vgl. dazu John Ahern/William Binchy (Hrsg.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations. A New International Litigation Regime*, 2009; *Alfonso-Luis Calvo Caravaca/Javier Carrascosa González*, Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento «Roma II», 2008; *Claus Wilhelm Fröhlich*, *The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome II Regulation*, 2008. Einen Überblick über die Rom II-VO geben außerdem *Carine Brière*, Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles („Rome II“), *JDI (Clunet)* 135 (2008), 31; *Marc Fallon*, The Law Applicable to Specific Torts in Europe, in: Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani (Hrsg.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, 2008, S. 261; *Francisco J. Garcimartín Alférez*, The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code, *EuLF* 2007-I, 77; *Jan von Hein*, Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? – Rome II and the European Choice of Law Evolution, *Tul. L. Rev.* 82 (2008), 1663; *ders.*, Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung, *ZEuP* 2009, 6; *Helmut Heiss/Leander D. Loacker*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse, *JBl.* 2007, 613; *Abbo Junker*, Die Rom II-Verordnung: Internationales Deliktsrecht auf europäischer Grundlage, *NJW* 2007, 3675; *Thomas Kadner Graziano*, Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung, *RabelsZ* 73 (2009), 1-76; *ders.*, Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle, *Rev. crit. DIP* 97 (2008), 445; *Xandra E. Kramer*, The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition continued, *NIPR* 2008, 414; *Stefan Leible/Matthias Lehmann*, Die Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), *RIW* 2007, 721; *Johan Meeusen*, Rome II: nieuw Europees conflictenrecht voor niet-contractele verbintenissen, *RDC* 2008, 471; *Helmut Ofner*, Die Rom II-Verordnung - Neues Internationales Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse in der Europäischen Union, *ZfRV* 2008, 13;

Zügiger verlief das Verfahren zum Erlass der Rom I-VO, das durch ein Grünbuch vorbereitet¹² sowie mit dem Verordnungsvorschlag vom 15. Dezember 2005 eingeleitet wurde¹³ und mit

Adam Rushworth/Andrew Scott, Rome II: Choice of law for non-contractual obligations, LMCLQ 2008, 274; *Symeon C. Symeonides*, Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity, AJCL 56 (2008), 173; *Dirk Trüten*, Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung am Beispiel der «Rom II-Verordnung», EuZ 2008, 82; *Gerhard Wagner*, Die neue Rom II-Verordnung, IPRax 2008, 1.

- 11 Vgl. Art. 32 Rom II-VO. Zum intertemporalen Anwendungsbereich der Rom II-VO vgl. *Alexander Bücken*, Intertemporaler Anwendungsbereich der Rom II-VO, IPRax 2009, 125; *Jochen Glöckner*, Keine klare Sache: der zeitliche Anwendungsbereich der Rom II-Verordnung, IPRax 2009, 121.
- 12 Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahre 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung, KOM (2002) 654 endg. Vgl. dazu auch die zahlreichen Beiträge in *Stefan Leible* (Hrsg.), Das Grünbuch zum Internationalen Privatrecht. Beiträge zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse, 2004, und außerdem *Graf-Peter Calliess*, Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report. The European Commission's Action Plan COM (2003) 68 final and the Green Paper on the Modernisation of the 1980 Rome Convention COM (2002) 654 final, GLJ 4 (2003), 333 (online abrufbar unter www.germanlawjournal.de); *Bernd Ehle*, Das Grünbuch „Rom I“ – die Modernisierung des EVÜ steht bevor, GPR 2003-04, 49; *Christian Handig*, Grünbuch über Rom I, *ecolex* 2003, 290; *Erik Jayme*, Die Vergemeinschaftung des Europäischen Vertragsübereinkommens (Rom I), in: *Gerte Reichelt/Walter H. Rechberger* (Hrsg.), Europäisches Kollisionsrecht, 2004, S. 3 ff.; *Ulrich Magnus/Peter Mankowski*, The Green Paper on a Future Rome Regulation – on the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts, ZVglRWiss 103 (2004), 131; *Peter Mankowski*, Das Grünbuch zur Rom I-Verordnung, ZEuP 2003, 483; *Dieter Martiny*, Europäisches Internationales Vertragsrecht vor der Reform, ZEuP 2003, 590; *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization, *RabelsZ* 68 (2004), 1; *Michael Wilderspin*, Les perspectives d'une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, in: *Angelika Fuchs/Horatia Muir Watt/Étienne Pataut*, Les conflits de lois et le système juridique communautaire, 2004, S. 173 ff.
- 13 Vorschlag für eine Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I), KOM (2005) 650 endg. Vgl. dazu die zahlreichen Beiträge in *Franco Ferrari/Stefan Leible* (Hrsg.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa – Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung, 2007; *Pietro Franzina* (Hrsg.), La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento «Roma I», 2006; *Fondazione Italiana per il Notariato* (Hrsg.), Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento „Roma I“, 2007; vgl. außerdem z.B. *Helmut Heiss*, Die Vergemeinschaftung des internationalen Vertragsrechts durch „Rom I“ und ihre Auswirkungen auf das österreichische internationale Privatrecht, *JBl.* 2006, 750; *Kieninger*, Der Rom I-Vorschlag – eine geglückte Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens?, *EuZ* 2007, 22; *Paul Lagarde*, Remarque sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *Rev. crit. DIP* 95 (2006), 331; *Ole Lando/Arnt Nielsen*, The Rome I Proposal, in: *Torstein Frantzen/Johan Giertsen/Giuditta Cordero Moss* (Hrsg.), Rett og toleranse. Festskrift til Helge Johan Thue, 2007, S. 321 ff.; *dies.*, The Rome I Proposal, *JPIL* 3 (2007), 29; *Stefan Leible*, Internationales Vertragsrecht, die Arbeiten an einer Rom I-Verordnung und der Europäische Vertragsgerichtsstand, *IPRax* 2006, 365; *ders.*, Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung, *EuZ* 2006, 78; *ders.*, La propuesta para un Reglamento „Roma I“. Algunas observaciones sobre artículos escogidos del

der Verabschiedung des Verordnungstextes am 17. Juni 2008 seinen Abschluss fand.¹⁴ Erreicht wurde diese Zügigkeit freilich nur durch eine sehr starke Anlehnung an das EVÜ. Einige im Kommissionsvorschlag vorgesehene Neuerungen wurden fallen gelassen. Die Rom I-Verordnung gilt ab dem 17. Dezember 2009.¹⁵ Erst ab diesem Zeitpunkt – und damit insgesamt 37 Jahre nach Vorlage des ersten Kommissionsentwurfs¹⁶ – verfü-

Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), AEDIPr 6 (2006), 541; *Eva Lein*, Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) COM (2005) 650 Final, 15.12.2005. A Short Commentary, YPIL 7 (2005), 391; *Peter Mankowski*, Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung, IPRax 2006, 101; *Dieter Martiny*, Europäisches Internationales Vertragsrecht in Erwartung der Rom I-Verordnung, ZEuP 2008, 79; *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *RabelsZ* 71 (2007), 225; *Ana Quiñones Escámez*, Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento "Roma I" de 15.1.2.2005, InDret 3/2006 (www.indret.com); *Rameloo*, Via Romana. Van EVO naar Rome I – Nieuw Europees IPR inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, NIPR 2006, 239; *Wulf-Henning Roth*, On the way to a Rome I Regulation, CMLRev 43 (2006), 913.

14 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), ABl. EU 2008 L 177/6. Vgl. dazu *Benedetta Ubertazzi*, Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazione contrattuali, 2008, sowie die Beiträge in Eleanor Cashin Ritaine/Andrea Bonomi (Hrsg.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, 2008; Franco Ferrari/Stefan Leible (Hrsg.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, 2009; außerdem z.B. Andrea Bonomi, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, YPIL 10 (2008), 165; *Jochen Clausnitzer/Herbert Woopen*, Internationale Vertragsgestaltung - Die neue EG-Verordnung für grenzüberschreitende Verträge (Rom I-VO), BB 2008, 1798; *Stéphanie Francq*, Le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JDI (Clunet) 2009, 41; *Francisco J. Garcimartín Alférez*, The Rome I Regulation: Much ado about nothing ?, EuLF 2008, I-1; *Hugues Kenfack*, Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles « Rome I », navire stable aux instruments efficaces de navigation ?, JDI (Clunet) 2009, 3 ; *Paul Lagarde/Aline Tenenbaum*, De la convention de Rome au règlement, Rev. crit. DIP 97 (2008), 727; *Stefan Leible/Matthias Lehmann*, Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), RIW 2008, 528; *Peter Mankowski*, Die Rom I-Verordnung. Das neue europäische IPR für Schuldverträge und seine Bedeutung für die Schweiz, EuZ 2009, 2 ; *ders.*, Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR der Schuldverträge, IHR 2008, 133; *Thomas Pfeiffer*, Neues Internationales Vertragsrecht. Zur Rom I-Verordnung, EuZW 2008, 622; *Christoph Reithmann*, Neuregelung des Internationalen Vertragsrechts, ZNotP 2009, 45; *Dennis Solomon*, The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats, Tul. L. Rev. 82 (2008), 1709.

15 Art. 29 Abs. 2 Rom I-VO.

16 Vgl. oben Fn. 1.

gen wir über ein (nahezu) einheitliches europäisches Kollisionsrecht für Schuldverhältnisse.

III. Der „Triumph“ des klassischen Kollisionsrechts

Beide Verordnungen sind Ausdruck klassischen kollisionsrechtlichen Denkens savignyscher Prägung.¹⁷ Sie gehen vom Grundsatz der engsten Verbindung aus und konkretisieren ihn durch Benennung fester Anknüpfungspunkte. Diese Feststellung ist in Zeiten, in denen bei der Erarbeitung kollisionsrechtlicher Regeln allenthalben das Schreckgespenst des Herkunftslandprinzips droht, keineswegs selbstverständlich. Eine besondere Erwähnung bedarf dieser Umstand aber auch deshalb, da während des Gesetzgebungsverfahrens zur Rom II-Verordnung das Europäische Parlament und insbesondere seine Berichterstatterin *Diana Wallis* für ein deutlich flexibleres, weitgehend auf Spezialanknüpfungen verzichtendes System plädierten.

1. Kein Herkunftslandprinzip

Das Thema „Herkunftslandprinzip und IPR“ ist seit geraumer Zeit ein „Dauerbrenner“ nicht nur des Diskurses unter Kollisionsrechtlern,¹⁸ sondern auch zwischen den einzelnen General-

¹⁷ Vgl. dazu auch *Michael Wilderspin*, The Rome II Regulation: Some policy observations, NIPR 2008, 408 (409 f.).

¹⁸ Vgl. zuletzt *Olaf Deinert*, Das Herkunftslandprinzip und seine Bedeutung für das Internationale Deliktsrecht, EWS 2006, 445; *Stefan Koos*, Rome II and the International Economic Law - Possible effects of the market place rule as provided in the amended proposal of the Rome II Regulation on the dogmatic position of the conflict of law rule concerning unfair competition, EuLF 2006, II-73; *Ralf Michaels*, EU Law as a Private International Law? Reconceptualising the Country-of-Origin-Principle as Vested Rights Theory, JPIL 2 (2006), 195; *Ansgar Ohly*, Das

direktionen der EG-Kommission. Im Sekundärrecht ist es mittlerweile an prominenter Stelle in der E-Commerce-Richtlinie¹⁹ vertreten,²⁰ während seine Aufnahme in die Dienstleistungs-Richtlinie²¹ zum Glück verhindert werden konnte.²² Auch in den beiden Rom -Verordnungen findet es sich nicht wieder, taugt es doch wegen seiner einseitigen Fixierung auf die Interessen der Anbieterseite nicht als kollisionsrechtliche Metaregel.²³

Dies wird gerade auch im Bereich der Deliktshaftung deutlich, weil ein kollisionsrechtliches Herkunftslandprinzip die Opferinteressen aufgrund der dann alleinigen Maßgeblichkeit des Handlungsortes in nicht zu rechtfertigender Art und Weise hintanstellen würde.²⁴ Im Bereich des Vertragsrechts hat der -

Herkunftslandprinzip im Bereich vollständig angeglichenen Lauterkeitsrechts, WRP 2006, 1401; ausführliche Literaturnachweise bei *Stefan Leible*, Negotiation and Conclusion of the Contract: Formal and Substantive Validity, Choice of Court and Choice of Law Clauses - An Introduction, in: Andrea Schulz (Hrsg.), Legal Aspects of an E-Commerce Transaction, 2006, S. 57 (63 ff.); *Peter Mankowski*, in: Münchener Kommentar Lauterkeitsrecht, 2006, IntWettbR Rn. 38 ff.

- ¹⁹ Richtlinie 2000/31/EG vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, ABl. EG 2000 L 178/1.
- ²⁰ Vgl. Art. 3 E-Commerce-Richtlinie.
- ²¹ Richtlinie 2006/123/EG vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EU 2006 L 376/36. Vgl. dazu *Stefan Leible* (Hrsg.), Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie – Chance oder Risiko für Deutschland, 2008.
- ²² Näher zur Kontroverse um das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie *Stefan Leible/Rudolf Streinz*, in: *Monika Schlachter/Christoph Ohler* (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Einleitung Rn. 39 ff. Zur Kritik des ursprünglichen Regelungsvorschlags vgl. *Jürgen Basedow*, Dienstleistungsrichtlinie, Herkunftslandprinzip und Internationales Privatrecht, EuZW 2004, 423; *Peter Mankowski*, Wider ein Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen im Binnenmarkt, IPRax 2004, 385; *Hans Jürgen Sonnenberger*, Kommissions-Vorschlag für eine Rahmenrichtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004) 2, RIW 2004, 321.
- ²³ *Stefan Leible*, Das Herkunftslandprinzip im IPR - Fata Morgana oder neue Metaregel?, in: *Annette Nordhausen* (Hrsg.), Neue Entwicklungen in der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit, 2002, S. 71 (84).
- ²⁴ *Jan von Hein*, Die Kodifikation des europäischen IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse vor dem Abschluss? Zum gegenwärtigen Stand der Arbeiten an der Rom-II-Verordnung, VersR 2007, 440 (441).

vor allem in der Diskussion um die Dienstleistungsrichtlinie - geforderte Schwenk zum Herkunftslandprinzip ohnehin noch nie überzeugt; denn hier gelangte man gem. Art. 4 EVÜ schon immer zur Anwendung des Rechts des Dienstleistungserbringers. Gegenteilige Ergebnisse ließen sich lediglich in Sonderkonstellationen über die Ausweichklausel erreichen.²⁵

Hinzu kommt, dass ein kollisionsrechtliches Herkunftslandprinzip im Verhältnis zu Drittstaaten keine Berechtigung hat.²⁶ Ein allein auf den Bereich der EG beschränktes Herkunftslandprinzip würde jedoch zu einer unerfreulichen Spaltung des Kollisionsrechts mit unterschiedlichen Normen für Binnenmarkt- und Drittstaatsverhältnisse und damit zu einer weiteren Erhöhung der Komplexität des IPR führen, das für den „normalen“ Rechtsanwender dann gänzlich unverständlich zu werden droht.

Die Rom II-VO hat sich daher mit guten Gründen für das genaue Gegenteil entschieden; denn die Grundanknüpfung an den Ort des Schadenseintritts ist nachgerade die Antithese zum Herkunftslandprinzip. Dies macht deutlich, dass es sich beim Herkunftslandprinzip eben um kein allgemeines Prinzip des Gemeinschaftsrechts handelt, schon gar nicht um ein kollisionsrechtliches.

²⁵ Vgl. Art. 4 Abs. 5 EVÜ.

²⁶ *Stefan Leible*, Das Herkunftslandprinzip im IPR - Fata Morgana oder neue Metaregel?, in: Annette Nordhausen (Hrsg.), Neue Entwicklungen in der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit, 2002, S. 71 (85).

2. Feste Anknüpfungsregeln mit konkreten Anknüpfungspunkten

Hervorzuheben ist weiterhin, dass die Rom II-VO mit konkreten Anknüpfungsregeln arbeitet, die ein festes Anknüpfungsmoment - etwa den Ort des Schadenseintritts oder der Beeinträchtigung der Wettbewerbsbeziehungen - benennen. Im Deliktsrecht gibt außerdem eine allgemeine Anknüpfungsnorm Maß, an deren Stelle allerdings bei einigen Deliktstypen - Produkthaftung, unlauterer Wettbewerb etc. - besondere Kollisionsnormen treten. Das Europäische Parlament und vor allem seine Berichterstatterin *Diana Wallis* hatten ursprünglich ganz anderes im Sinn. Das Parlament plädierte für einen Verzicht auf besondere Anknüpfungsregeln für die Produkthaftung, den unlauteren Wettbewerb und die Umweltschädigung.²⁷ Als Argument wurde stets vorgebracht, man gehe davon aus, dass dies auch im Rahmen der allgemeinen Anknüpfung geregelt werden könne.

Noch weiter gehen wollte ursprünglich *Diana Wallis*. Sie favorisierte eine deliktsrechtliche Generalklausel mit folgendem Wortlaut:

„Ist in dieser Verordnung nichts anderes vorgesehen, ist auf ein außervertragliches Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung das Recht des Staates anzuwenden, der mit dem außer-

²⁷ Vgl. die legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 6.7.2005, abgedr. in IPRax 2006, 413.

vertraglichen Schuldverhältnis die engste Verbindung aufweist“.²⁸

Zur Bestimmung des anwendbaren Rechts im konkreten Fall sollte dann zusätzlich auf einige nachfolgend aufgeführte, zum Teil allerdings sehr vage und auch inhaltlich nicht überzeugende Vermutungsregeln zurückgegriffen werden. Für diesen unverkennbar von US-amerikanischen Ideen²⁹ beeinflussten Ansatz trug sie vor, es solle den Gerichten ermöglicht werden, nach ihrem Ermessen eine Lösung zu wählen, die den Bedürfnissen nach Gerechtigkeit für das Opfer gerecht wird, ohne dass die vernünftigen Erwartungen der Parteien enttäuscht werden.³⁰ Der Rechtssauschuss des Europäischen Parlaments ist Frau *Wallis* jedoch nicht gefolgt. In ihrem abschließenden Bericht taucht die Generalklausel jedenfalls nicht mehr auf,³¹ ebenso wenig in der legislativen EntschlieÙung des Europäischen Parlaments.³² In letzterer bleibt es im Wesentlichen bei der von der Kommission von Anfang an favorisierten Regelanknüpfung an den Ort des Schadenseintritts, wobei allerdings

²⁸ Vgl. den Entwurf eines Berichts vom 11.11.2004 über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), S. 15.

²⁹ Vgl. auch den Hinweis bei *Jan von Hein*, Die Kodifikation des europäischen IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse vor dem Abschluss? Zum gegenwärtigen Stand der Arbeiten an der Rom-II-Verordnung, *VersR* 2007, S. 440 (441 in Fn. 24).

³⁰ Entwurf eines Berichts vom 11.11.2004 über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), S. 16.

³¹ Vgl. den Bericht vom 27.6.2005 über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), A6-0211/2005, S. 19.

³² Legislative EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 6.7.2005, abgedr. in *IPRax* 2006, S. 413.

die Ausweichklausel durch - inhaltlich teilweise wiederum vage und/oder zweifelhafte - Beispiele ergänzt wird (Schutz legitimer Erwartungen; die dem anzuwendenden ausländischen Recht zugrundeliegende Politik).³³

In der letztlich verabschiedeten Fassung der Rom II-VO findet sich davon kaum etwas wieder. Man mag die Rom II-VO daher als „in methodologischer Hinsicht ... eher konservativ“ beurteilen,³⁴ doch ist das Festhalten an einer konkreten Anknüpfungsregel, wie sie nunmehr in Art. 4 Rom II-VO enthalten ist, sehr zu begrüßen. Denn Generalklauseln, von manchen gar als „non-rules“ bezeichnet³⁵ oder mit dem Gebrauch einer Windfahne als Wegweiser verglichen,³⁶ ist im Kollisionsrecht allgemein, besonders aber im Europäischen Kollisionsrecht, mit Skepsis zu begegnen. Sie sind der Rechtssicherheit wenig zuträglich, weil sie das anwendbare Recht oft nur schwer vorhersehbar machen. Das gilt in besonderem Maße in der Europäischen Union, wenn europäisches Recht durch die Gerichte von 27 Mitgliedstaaten ausgelegt wird.

³³ Auch wenn die Ausweichklausel ausweislich der für die allgemeine Anknüpfungsregel vorgeschlagenen Formulierung nur „ausnahmsweise“ angewendet werden soll, scheint die Berichterstatterin das nicht ganz so ernst zu nehmen, wenn sie in ihrer Begründung ausführt, die Ausweichklausel schaffe Rechtssicherheit und gebe den Gerichten die Möglichkeit, „nach ihrem Ermessen die Lösung zu finden, die am besten geeignet ist, dem Gerechtigkeitsbedürfnis des Opfers und den vernünftigen Erwartungen der Parteien bei einem möglichst geringen Risiko des sogenannten „Forum Shoppings“ gerecht zu werden“, vgl. Bericht vom 27.6.2005 über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), A6-0211/2005, S. 21.

³⁴ So *Jan von Hein*, *Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung*, ZEuP 2009, 6 (9).

³⁵ *Friedrich K. Juenger*, *Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht. Eine Kritik aus amerikanischer Sicht*, *RabelsZ* 46 (1982), 57 (72).

³⁶ *Gerhard Kegel*, *Rezension von Fritz Schwind, Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts*, *AcP* 178 (1978), 118 (120).

Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, letztlich könne doch der EuGH alles richten. Zum einen ist lebhaft umstritten, ob und inwieweit dem EuGH überhaupt die Kompetenz zur Konkretisierung von Generalklauseln zukommt.³⁷ Zum anderen träte, selbst wenn er hierzu kompetent wäre, die gerade im grenzüberschreitenden Verkehr besonders wichtige Rechtssicherheit³⁸ aufgrund der Langwierigkeit von Vorabentscheidungsverfahren³⁹ allenfalls nach zehn oder zwanzig Jahren ein. Die angestrebte Vereinheitlichung des europäischen Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse wäre dann zwar auf dem Papier erreicht, de facto aber in eine ferne Zukunft, nämlich bis zur Konkretisierung der Generalklausel durch den EuGH, verschoben worden. Der Rechtsunterworfenen, der sein Leben und wirtschaftliches Handeln dem Recht entsprechend einrichten möchte, will aber sofort wissen, was ihm erlaubt und was ihm verboten ist. Das Recht muss für ihn zu jeder Zeit verlässlich und vorhersehbar sein.

Nachgerade den entgegengesetzten Weg zum Wallis-Modell hat die EG von Beginn bei der Rom I-Verordnung beschritten. Stand bei Art. 4 EVÜ noch das Prinzip der engsten Verbindung am Anfang der Norm, ist es in Art. 4 Rom I-VO nun ganz ans Ende gerutscht. Stattdessen findet sich in Abs. 1 eine Liste verschiedener Vertragsarten, für die jeweils eine bestimmte

³⁷ Vgl. dazu m. w. Nachw. *Stefan Leible*, in: Heermann/Hirsch (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2006, EG A Rn. 249 ff.

³⁸ Vgl. dazu *Stefan Leible*, Außenhandel und Rechtssicherheit, ZVglRWiss 97 (1998), 286.

³⁹ Zu bedenken ist, dass Art. 68 EG derzeit im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen nur Vorlagen von letztinstanzlich entscheidenden Gerichten zulässt.

Anknüpfung festgeschrieben wird. Dies betrifft etwa - um einige Beispiele zu nennen - Kauf- und Dienstleistungsverträge, aber auch Verträge, die ein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen sowie die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen zum Gegenstand haben. Nach Ansicht der Kommission soll diese Listenbildung dazu dienen, „die bei unterlassener Rechtswahl anwendbaren Vorschriften so präzise und berechenbar wie möglich zu fassen, damit die Parteien sich bewusst entscheiden können, ob sie von der freien Rechtswahl Gebrauch machen wollen oder nicht“.⁴⁰

Dieses Streben nach Rechtssicherheit ist, wie bereits die vorherigen Ausführungen deutlich gemacht haben, grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings ist die Gemeinschaft mit ihrer Listenbildung etwas über das Ziel hinaus geschossen. Denn die Nennung einzelner Vertragsarten führt zu Qualifikations- und Abgrenzungsproblemen, die es bislang nicht gab.⁴¹ So muss zum Beispiel entschieden werden, was ein Kaufvertrag und was ein Dienstvertrag ist und wodurch sich beide unterscheiden, und zwar nicht unter Rückgriff auf nationales Recht, sondern durch autonome Begriffsbestimmung. Gewisse Anhaltspunkte für die Definition des Kauf- und des Dienstleistungsvertrags im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. a und b Rom I-VO kann die bisherige Auslegung von Art. 5 EVÜ bieten. Von dort ist bekannt, dass der Dienstleistungsvertrag im europäischen Recht weit zu verstehen ist und auch Werkverträge und Geschäftsbesorgungen

⁴⁰ KOM (2005) 650 endg., S. 6.

⁴¹ *Peter Mankowski*, Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung, IPRax 2006, 101 (103).

umfasst.⁴² Hilfreich kann außerdem ein Rückgriff auf Art. 5 Nr. 1 EuGVVO⁴³ sein.⁴⁴

3. Rechtssicherheit vs. Einzelfallgerechtigkeit - Das Beispiel der Ausweichklausel(n)

Wie schwierig es im europäischen Kollisionsrecht fällt, für eine Balance zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit zu sorgen, zeigt im Übrigen auch das Beispiel der Ausweichklausel (n). Wie bereits ausgeführt, sprechen die besseren Argumente dafür, grundsätzlich von einer konkretisierten Regelanknüpfung und nicht von einer Generalklausel auszugehen. Die Rom I- und vor allem die Rom II-VO belassen es freilich nicht dabei, sondern versehen zahlreiche Anknüpfungsregeln mit einer Ausweichklausel. Danach ist immer dann, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass das vertragliche oder außervertragliche Schuldverhältnis eine *offensichtlich* engere Verbindung mit einem anderen als dem durch die Regelanknüpfung bezeichneten Staat aufweist, das Recht dieses anderen Staates anwendbar.⁴⁵

⁴² Siehe BGHZ 123, 380 (385).

⁴³ 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. EG 2001 L 12/1.

⁴⁴ Vgl. auch Erwägungsgrund 17 der Rom I-VO: „Soweit es das mangels einer Rechtswahl anzuwendende Recht betrifft, sollten die Begriffe ‚Erbringung von Dienstleistungen‘ und ‚Verkauf beweglicher Sachen‘ so ausgelegt werden wie bei der Anwendung von Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001, soweit der Verkauf beweglicher Sachen und die Erbringung von Dienstleistungen unter jene Verordnung fallen“. Zur Abgrenzung von Kauf- und Dienstleistungsverträgen im Rahmen von Art. 5 Nr. 1 EuGVVO vgl. u.a. *Stefan Leible*, in: Thomas Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 2. Aufl., 2006, Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 45 ff.

⁴⁵ Vgl. vor allem Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO und Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO; außerdem Art. 5 Abs. 2, 10 Abs. 4, 11 Abs. 4 und 12 Abs. 2 lit. c Rom II-VO.

Nach Ansicht mancher wirkt es sehr unsicher, wenn das Gesetz Anknüpfungen nennt, dann aber ängstlich die „engere Verbindung“ vorgehen lässt. Zwar sei dem IPR mit seiner geringeren Regelungsdichte eine Korrekturmöglichkeit immanent, doch hätten bestehende Regeln ein eigenes Gewicht, weil von ihnen ein Ordnungsinteresse an kontinuierlicher Rechtsanwendung ausgehe. Dieses Gewicht werde durch solche Klauseln unnötig geschwächt.⁴⁶ Zu überzeugen vermögen diese Einwände jedoch nicht. Als Korrektiv der statischen Momente zahlreicher Anknüpfungsregeln sind Ausweichklauseln unverzichtbar, wenn sich anders nicht ausschließen lässt, dass die Anknüpfung zu einem aus kollisionsrechtlicher Sicht sachfernere Recht führt, obgleich tatsächlich ein sachnäheres Recht ermittelbar ist. Rechtssicherheit ist zwar ein hohes Gut und gerade für den internationalen Handel von besonderer Bedeutung, doch sollte ihr keine absolute Dominanz über die Einzelfallgerechtigkeit zukommen. Den Richter zu verpflichten, sehenden Auges das „falsche“ Recht anzuwenden, ist der Autorität einer Regelung nicht zuträglich und provoziert juristische Tricks oder einen vorschnelle Anwendung der ordre public-Klausel, um gleichwohl das offensichtlich näherliegende Recht heranziehen zu können.⁴⁷

Natürlich lässt sich die Gefahr, dass das Gewicht von Regelanknüpfungen durch Ausweichklauseln geschwächt wird, nicht von der Hand weisen. Auch weiß man aus Erfahrung, dass

⁴⁶ *Gerhard Kegel/Klaus Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., 2004, § 6 I 4 b, cc (S. 308).

⁴⁷ *Zutr. Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., 2006, § 4 II 2 c (S. 28).

Ausweichklauseln gerne zu einem sehr unerfreulichen Heimwärtsstreben von Gerichten führen können.⁴⁸ Doch spricht dies nicht gegen Ausweichklauseln an sich, sondern macht nur das Erfordernis ihrer restriktiven Formulierung deutlich.⁴⁹ Wer Ausweichklauseln generell ablehnt, schüttet das Kind mit dem Bade aus.

Eine solche „Überreaktion“ drohte aufgrund des Kommissionsvorschlags für eine Rom I-VO. Die Kommission hatte zur Erhöhung der Rechtssicherheit auf eine Beseitigung der in Art. 4 Abs. 5 S. 2 EVÜ enthaltenen Ausweichklausel gedrängt.⁵⁰ Rat und Parlament haben sich diesem Ansinnen jedoch erfolgreich entgegen gestellt. Die Ausweichklausel findet sich nunmehr in Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO wieder. Sie erfüllt dort eine wichtige Funktion, da sie für Flexibilität im ansonsten sehr rigiden System des Art. 4 Rom I-VO sorgt, das – anders als Art. 4 EVÜ – nicht mit Vermutungs- sondern starren Anknüpfungsregeln arbeitet.⁵¹ Mit ihrer Hilfe lassen sich zum Beispiel akzessorische Schuldverhältnisse wie die Bürgschaft, die zwischen denselben

⁴⁸ Vgl. dazu etwa *Dieter Martiny*, Objektive Vertragsanknüpfung und Form, in: *Stefan Leible* (Hrsg.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, 2004, S. 109 (115).

⁴⁹ *Stefan Leible*, La propuesta para un regolamento “Roma I”. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). *AEDIPr* 6 (2006), S. 541 (557).

⁵⁰ KOM (2005) 650 endg., S. 6: „Mit dem Vorschlag, die Vermutungen in feste Regeln umzuwandeln und die Ausnahme Klausel zu streichen, wird dabei gleichzeitig die Rechtssicherheit erhöht“.

⁵¹ Vgl. dazu auch *Franco Ferrari*, Objektive Anknüpfung, in: *Franco Ferrari/Stefan Leible* (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa – Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*, 2007, S. 57 (72 ff.).

Parteien geschlossen werden, dem Recht der Hauptforderung unterstellen.⁵²

Vergleicht man die Ausweichklauseln in Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO und Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO miteinander, fällt freilich ein Unterschied auf. Während die Norm der Rom II-VO in Satz 2 ausdrücklich Beispiele nennt, finden sich entsprechende Erläuterungen in der Rom I-VO nur in den Erwägungsgründen. Dort heißt es in Erwägungsgrund 20:

„Bei der Bestimmung des Staates, zu dem der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung hat, sollte unter anderem berücksichtigt werden, ob der betreffende Vertrag in einer sehr engen Verbindung zu einem oder mehreren anderen Verträgen steht“.

Dieser unterschiedliche Vorgehensweise - hier Erwägungsgrund, dort Normtext - ist an sich schon unglücklich. Noch unglücklicher sind aber die Unterschiede in der Formulierung. Denn nach der Rom II-VO kann sich eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen Staat „insbesondere aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis zwischen den Parteien - wie einem Vertrag - ergeben. Soll man daraus im Umkehrschluss entnehmen, dass etwa familien-, erb- oder gesellschaftsrechtliche Rechtsverhältnisse bei der Feststellung, ob eine offensichtlich engere Verbindung des Vertrages zu einem anderen Staat besteht, nicht zu berücksichtigen sind? Wohl kaum.

⁵² *Stefan Leible/Matthias Lehmann*, Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), RIW 2008, 528 (536).

4. Grundsatz der engsten Beziehung und besondere Schutzanliegen

Beide Verordnungen gehen in der Tradition Savignys vom Grundsatz der engsten Verbindung aus und konkretisieren diese durch objektiv formulierte Anknüpfungen. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt in der Rom II-VO ist der Ort des Schadenseintritts,⁵³ nach alter deutscher Terminologie also der Erfolgsort. Die Rom I-VO stellt grundsätzlich auf den gewöhnlichen Aufenthalt derjenigen Partei ab, die die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen hat.⁵⁴

Diese Grundanknüpfungen werden freilich zu Gunsten besonderer Schutzanliegen durchbrochen. Bereits aus dem EVÜ bekannt ist die Anknüpfung von Verbraucherverträgen an das Aufenthaltsrecht des Verbrauchers⁵⁵ und von Arbeitsverträgen an das Recht am gewöhnlichen Arbeitsort.⁵⁶ Die Rom I-VO geht freilich darüber hinaus. Abgewichen wird von der Grundanknüpfung auch zu Gunsten von anderen als schutzbedürftig angesehenen Personenkreisen, nämlich Vertriebshändlern⁵⁷ und Franchisenehmern.⁵⁸ Bei Franchise- sowie Vertriebsverträgen kommt es nicht auf den gewöhnlichen Aufenthalt des

⁵³ Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO (Delikt), Art. 10 Abs. 3 Rom II-VO (Eingriffskondiktion) und Art. 12 Abs. 2 lit. a Rom II-VO (cic).

⁵⁴ Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO.

⁵⁵ Art. 5 EVÜ.

⁵⁶ Art. 6 EVÜ.

⁵⁷ Vgl. dazu *Marie-Elodie Ancel*, *The Rome I Regulation and Distribution Contracts*. YPIL 10 (2008), 221; *dies.*, *Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I*, *Rev. Crit. DIP* 97 (2008), 561.

Franchisegebers bzw. Prinzipals an, sondern auf den des Franchisenehmers bzw. Vertriebshändlers.⁵⁹

Nun kann man über die Anknüpfung derartiger Verträge trefflich streiten. So spricht viel dafür, bei Franchiseverträgen von einer einheitlichen Anknüpfung ganz abzusehen und nach der Ausgestaltung des Vertrags im Einzelfall zu differenzieren. Ist der Franchisenehmer eng in das Absatzsystem des Franchisegebers eingebunden, sollte das an dessen Niederlassung geltende Recht Anwendung finden, andernfalls das Recht am Ort der Niederlassung des Franchisenehmers.⁶⁰ Beim Vertragshändlervertrag ist hingegen auf die Niederlassung des Vertragshändlers abzustellen, und zwar - anders als bei Franchiseverträgen - auch bei einer sehr engen Bindung an den Prinzipal, da selbst dann der Vertrieb die vertragscharakteristische Leistung ist.⁶¹ Zumindest letzteres ist sogar deckungsgleich mit der Lösung der Rom I-VO.

Das ist letztlich aber auch nicht der Punkt. Das Problem liegt ganz woanders. Die vorangehenden Überlegungen beruhen auf

⁵⁸ Vgl. dazu *Laura Gracia Gutiérrez*, Franchise Contracts and the Rome I Regulation on the Law applicable to International Contracts, YPIL 10 (2008), 233.

⁵⁹ Art. 4 Abs. 1 lit. e und f Rom I-VO.

⁶⁰ *Richard Jacobsson*, in: Michael J. Martinek/Franz-Jörg Semler/ Stefan Habermeier (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrechts, 2. Aufl. 2003, § 55 Rn. 22; *Stefan Leible*, in: Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Gerhard Ring (Hrsg.), Anwaltkommentar BGB, Bd. 1, 2005, Art. 28 EGBGB Rn. 111; für eine Differenzierung auch *Dietmar Czernich*, in: Dietmar Czernich/Helmut Heiss (Hrsg.), EVÜ – Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen, 1999, Art. 4 EVÜ Rn. 93; *Bernd von Hoffmann*, in: Soergel, BGB, 10. Aufl., Bd. 10, 1996, Art. 28 EGBGB Rn. 275.

⁶¹ BGHZ 127, 368 (370 f.); OLG Düsseldorf RIW 1993, 761 (762); RIW 1996, 958 (959); OLG Hamm IPRspr. 1997 Nr. 160a; OLG Koblenz RIW 1992, 1019 (1020); OLG Stuttgart RIW 1999, 782; *Bernd von Hoffmann*, in: Soergel, BGB, 10. Aufl., Bd. 10, 1996, Art. 28 EGBGB Rn. 266; *Stefan Leible*, in: Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Gerhard Ring (Hrsg.), Anwaltkommentar BGB, Bd. 1, 2005, Art. 28 EGBGB Rn. 114; *Ulrich Magnus*, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 2002, Art. 28 EGBGB Rn. 288.

kollisionsrechtlichen Erwägungen, mögen sie nun überzeugend sein oder nicht. Die Kommission hat diese Regelungen hingegen damit erklärt, dass das materielle Gemeinschaftsrecht den Franchisenehmer und den Vertriebshändler als die schwächere Partei ansieht.⁶² Im Gesetzgebungsverfahren ist die daraus gezogene Konsequenz nie hinterfragt worden. Damit aber wurde klammheimlich in Art. 4 Rom I-VO der Schwächerenschutz als neuer Gedanke eingeführt, und zwar ohne jegliche kollisionsrechtliche Abstützung allein unter Verweis auf Wertungen des materiellen Rechts. Mit der Suche nach dem Sitz des Rechtsverhältnisses im *Savigny'schen* Sinn hat das nichts zu tun.⁶³

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass sich Ähnliches auch in der Rom II-VO ausmachen lässt. Bei Umweltschäden geht Art. 7 zwar von der Grundanknüpfung an den Schadensort aus, erlaubt es dem Geschädigten aber zugleich, seinen Anspruch stattdessen auch auf das Recht des Staates zu stützen, in dem das den Schaden verursachende Ereignis eingetreten ist. Begründet wird dieses Wahlrecht mit der präventiven und verhaltenssteuernden Funktion des Umwelthaftungsrechts. Das Wahlrecht diene dazu, Unternehmen davon abhalten, sich in Ländern mit verschiedenen Schutzstandards niederzulassen. Dadurch solle ein Beitrag zur „allgemeinen Anhe-

⁶² KOM (2005) 650 endg., S. 6.

⁶³ Vgl. bereits *Stefan Leible/Matthias Lehmann*, Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), RIW 2008, 528 (535).

„bung des Umweltschutzstandards“ geleistet werden.⁶⁴ Selbst wenn diese Begründung zutreffen sollte,⁶⁵ wird man sich jedoch fragen müssen, warum die Verhaltenssteuerung bei der Umweltschädigung so wichtig sein soll, in anderen Bereichen dagegen nicht. Insbesondere ist es wenig überzeugend, dem Geschädigten ein Wahlrecht bei einer infolge Umweltschädigung eingetretenen Gesundheitsbeschädigung einzuräumen, nicht jedoch bei einer unmittelbar verursachten Gesundheitsbeschädigung.⁶⁶

IV. Gemeinsame Strukturelemente der Rom I- und der Rom II-Verordnung

Einige gemeinsame Strukturelemente der Rom I- und der Rom II-Verordnung sind schon erkennbar geworden. Auf drei weitere ist nunmehr einzugehen, nämlich die universelle Anwendbarkeit beider Verordnungen, die Parteiautonomie und die so genannte Binnenmarktklausel. Andere werden erst zum Schluss mit Blick auf die Schaffung eines Allgemeinen Teils

⁶⁴ KOM (2003) 427 endg., S. 21.

⁶⁵ Zweifelnd *Stefan Leible/Andreas Engel*, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung. Auf dem Weg zu einheitlichen Anknüpfungsregeln für außervertragliche Schuldverhältnisse in Europa, *EuZW* 2004, 7 (11); *Michael Sonnentag*, Zur Europäisierung des Internationalen außervertraglichen Schuldrechts durch die geplante Rom II-Verordnung, *ZVglRWiss* 105 (2006), 256 (296); die Regelung begrüßend dagegen u.a. *Angelika Fuchs*, Zum Kommissionsvorschlag einer „Rom II“-Verordnung, *GPR* 2004, S. 100 (103); *Jan von Hein*, Die Kodifikation des europäischen Internationalen Deliktsrechts, *ZVglRWiss* 102 (2003), 528 (559); *Karl F. Kreuzer*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts für außervertragliche Schuldverhältnisse (Rom II), in: Gerte Reichelt/Walter H. Rechberger (Hrsg.), *Europäisches Kollisionsrecht*, 2004, S. 13 (40); *Symeon C. Symeonides*, Tort Conflicts and Rome II: A View from Across, in: Heinz-Peter Mansel/Thomas Pfeiffer/Herbert Kronke/Christian Kohler/Rainer Hausmann (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, 2004, S. 935 (951 f.).

⁶⁶ Vgl. bereits *Stefan Leible/Matthias Lehmann*, Die Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), *RIW* 2007, 721 (728).

eines Europäischen Kollisionsrechts behandelt werden. Zu beginnen ist mit der universellen Anwendbarkeit.

1. Ausgestaltung als lois uniformes

Beide Verordnungen sind als so genannte lois uniformes ausgestaltet. Sie schaffen für die Mitgliedstaaten allseitiges und unbedingtes Einheitsrecht. Eine Differenzierung zwischen Sachverhalten mit Gemeinschaftsbezug und reinen Drittstaaten-Sachverhalten wird nicht vorgenommen. Der Anwendungsbereich beider Regelwerke ist eröffnet, wenn das Schuldverhältnis eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweist.⁶⁷ Darauf, ob es sich um das Recht eines Mitgliedstaates handelt oder nicht, kommt es nicht an. Und das nach diesen Verordnungen bezeichnete Recht ist auch dann anzuwenden, wenn es nicht das Recht eines Mitgliedstaats ist.⁶⁸

Das ist durchaus nicht selbstverständlich. Denn nicht wenige Stimmen in der Literatur leiten aus dem von Art. 65 EG geforderten Binnenmarktbezug ab, dass europäisches IPR lediglich rein innergemeinschaftliche und allenfalls noch Sachverhalte mit einem schwachen Drittstaatenbezug regeln dürfe.⁶⁹ Der

⁶⁷ Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO, Art. 1 Abs. 1 Rom II-VO.

⁶⁸ Art. 2 Rom I-VO, Art. 3 Rom II-VO.

⁶⁹ Vgl. z.B. *Jürgen Basedow*, The Communitarisation of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam, CMLRev. 37 (2000), 687 (702); *Oliver Remien*, European Private International Law, the European Community and Its Emerging Area of Freedom, Security and Justice, CMLRev 38 (2001), 1 (22 ff.); speziell zu Art. 3 Rom II-VO vgl. z.B. *Andrew Dickinson*, European Private International Law: Embracing New Horizons or Mourning the Past?, JPrIL 1 (2005), 197 (222 ff.); zweifelnd auch *Gerhard Wagner*, Internationales Deliktsrecht, die Arbeiten an der Rom II-Verordnung und der Europäische Deliktsgerichtsstand, IPRax 2006, S. 372 (389 f.).

hiervon abweichende Ansatz der beiden Rom-Verordnungen vermeidet indes die dann drohende und der Rechtssicherheit abträgliche Gemengelage von Kollisionsnormen nationaler, europäischer und völkervertragsrechtlicher Provenienz.⁷⁰ Er führt weiterhin zu einem Gleichklang mit den europäischen Anerkennungs- und Vollstreckungsverordnungen. Er ist außerdem gemeinschaftsrechtlich unbedenklich. Denn sowohl aus dem Blickwinkel der Grundfreiheiten als auch aufgrund ansonsten drohender Wettbewerbsverzerrungen kann der Binnenmarkt „reibunglos“ im Sinne von Art. 65 EG nur insofern funktionieren, als bei Drittstaatensachverhalten auch die allseitigen Kollisionsnormen in den Mitgliedstaaten übereinstimmen.⁷¹ Das gilt nicht nur für das IPR der Schuldverhältnisse, sondern für das europäische IPR insgesamt. Es ist daher sehr zu begrüßen, dass auch die EGUnterhaltsVO⁷² bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts von einem universellen Ansatz ausgeht.⁷³

⁷⁰ *Abbo Junker*, Die Rom II-Verordnung: Neues Internationales Deliktsrecht auf europäischer Grundlage, NJW 2007, 3675 (3677); *Xandra E. Kramer*, The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition continued, NIPR 2008, 414 (415).

⁷¹ *Stefan Leible*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2005, Art. 65 EG Rn. 25; *Stefan Leible/Ansgar Staudinger*, Art. 65 EGV im System der EG-Kompetenzen, EuLF 2000/01, 225 (229 ff.); sehr weitgehend nunmehr auch *Jürgen Basedow*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 2002, S. 19 (39 ff.).

⁷² Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. EU 2009 L 7/1.

⁷³ Art. 15 EGUnterhaltsVO verweist für die Mitgliedstaaten, die durch das Haager Protokoll vom 23. November 2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (Haager Protokoll von 2007) gebunden sind, auf dieses Protokoll. Gem. Art. 2 des Haager Protokolls von 2007 ist das Protokoll auch anzuwenden, wenn das darin bezeichnete Recht dasjenige eines Nichtvertragsstaats ist. Vgl. dazu auch *Marianne Andrae*, Zum Verhältnis der Haager Unterhaltskonvention 2007 und des Haager Protokolls zur geplanten EU-Unterhaltsverordnung, FPR 2008, 196; *Ulrike Janzen*, Die neuen Haager Übereinkünfte zum Unterhaltsrecht und die Arbeiten an der EG-Unterhaltsverordnung, FPR 2008, 218.

2. Rechtswahlfreiheit

a) Anerkennung der Rechtswahlfreiheit als allgemeines Anknüpfungsprinzip

Beide Verordnungen gestatten den Parteien, das auf das zwischen ihnen bestehende Schuldverhältnis anzuwendende Recht durch Rechtswahl zu bestimmen.⁷⁴ Im internationalen Vertragsrecht mag dies für die Mitgliedstaaten der EG nicht revolutionär sein,⁷⁵ im internationalen Deliktsrecht für manche hingegen schon. Denn außervertragliche Schuldverhältnisse wurden bislang erst in wenigen Staaten primär nach dem Parteiwillen angeknüpft,⁷⁶ so etwa in der Schweiz, Österreich und Liechtenstein.⁷⁷ Meistens überwog die Skepsis, so auch in Deutschland.⁷⁸ Nach der Rom II-VO kann nunmehr aber bei nahezu allen außervertraglichen Schuldverhältnissen⁷⁹ eine Rechtswahl ex post von jedermann getroffen werden.⁸⁰ Ex

⁷⁴ Art. 3 Rom I-VO, Art. 14 Rom II-VO.

⁷⁵ Vgl. bereits Art. 3 EVÜ.

⁷⁶ Vgl. die rechtsvergleichende Zusammenstellung bei *Thomas Kadner-Graziano*, *Gemeineuropäisches Internationales Privatrecht*, S. 170 ff.; *Jan von Hein*, *Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht*, *RabelsZ* 64 (2000), 595 (603 ff.).

⁷⁷ Vgl. Art. 132 schweizerisches IPRG, § 35 Abs. 1 österreichisches IPRG, Art. 39 Abs. 1 liechtensteinisches IPRG.

⁷⁸ Art. 42 EGBGB lässt für außervertragliche Rechtsbeziehungen „mit Rücksicht auf den Schutzcharakter außervertraglicher Schuldverhältnisse“ und aus nicht näher spezifizierten „praktischen Erwägungen“ bewusst eine Rechtswahl erst für die Zeit *nach* Entstehung des Schuldverhältnisses zu, vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/343, S. 14.

⁷⁹ Ausgenommen sind das Wettbewerbsrecht sowie die Verletzung von Rechten des Geistigen Eigentums, vgl. Art. 6 Abs. 4 und Art. 8 Abs. 3 Rom II-VO und dazu *Stefan Leible*, *Rechtswahl im IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-Verordnung*, *RIW* 2008, 257.

⁸⁰ Art. 14 Abs. 1 lit. a Rom II-VO.

ante ist sie immerhin dann möglich, wenn alle Parteien einer kommerziellen Tätigkeit nachgehen.⁸¹

Man mag letztere Beschränkung kritisieren,⁸² doch machen beide Verordnung deutlich, dass es sich bei der Rechtswahl im europäischen Kollisionsrecht um keine Verlegenheitslösung, sondern um ein allgemeines Anknüpfungsprinzip handelt.⁸³

Dem Parteiwillen kommt grundsätzlich der Vorrang vor objektiven Anknüpfungen zu.⁸⁴ Erst subsidiär oder zum Schutz von Dritt- und überragenden Allgemeininteressen ist auf objektive Anknüpfungen zur Bestimmung des räumlich besten Rechts zurückzugreifen. Objektive Anknüpfungen sind im europäischen Kollisionsrecht die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme und nicht die Regel.⁸⁵

81 Art. 14 Abs. 1 lit. b Rom II-VO.

82 Ausführlich zur Rechtswahl nach der Rom II-VO *Th. M. de Boer*, Party Autonomy and Its Limitations in the Rome II Regulation, YPIL 9 (2007), 19; *Stefan Leible*, Rechtswahl im IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-Verordnung, RIW 2008, 257; *Sven Rugulis*, Die antizipierte Rechtswahl in außervertraglichen Schuldverhältnissen, IPRax 2008, 319 (321 ff.)

83 Vgl. dazu auch *Gerhard Hohloch*, Rechtswahl als Anknüpfungsprinzip (Zur Bedeutung des Parteiwillens im europäischen Internationalen Privatrecht), in: Torstein Frantzen/Johan Giertsen/Giuditta Cordero Moss (Hrsg.), Rett og toleranse. Festschrift til Helge Johan Thue, 2007, S. 321 ff.; *Erik Jayme*, Die Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie, in: Brigitta Jud/Walter H. Rechberger/Gerte Reichelt (Hrsg.), Kollisionsrecht in der Europäischen Union. Neue Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts, 2008, S. 63 ff.; *Gisela Rühl*, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 187 ff. Allgemein außerdem *Jean-Michel Jacquet*, Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution, in: Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon, 2008, S. 727 ff.

84 *Stefan Leible*, Parteiautonomie im IPR - Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?, in: Heinz-Peter Mansel/Thomas Pfeiffer/Herbert Kronke/Christian Kohler/Rainer Hausmann (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, 2004, S. 485 (503).

85 *Stefan Leible*, Der Beitrag der Rom II-Verordnung zu einer Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts, in: Gerte Reichelt (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR – Ein Beitrag zur Kodifikation der Allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts, 2007, S. 31 (46).

Und selbst in einem solchen Ausnahmefall bedarf es regelmäßig sorgfältiger Abwägung, ob nicht statt einer rein objektiven Anknüpfung eine Kombination subjektiver und objektiver Elemente den Vorzug verdient. Daran ist vor allem in den Bereichen des Namens-, Familien- und Erbrechts zu denken,⁸⁶ um Anpassungsprozesse zu erleichtern und den Individuen die Möglichkeit zu gewähren, ihrer „kulturellen Identität“ rechtlich Ausdruck zu verleihen.⁸⁷

b) Wählbarkeit nur staatlichen Rechts

Welches Recht die Parteien wählen können, lassen beide Verordnungen offen. Die Rede ist stets nur von dem „Recht“. Damit gilt für das gesamte Internationale Schuldrecht: Die Parteien können ihr Schuldverhältnis dem Recht eines jeden Staates dieser Welt unterstellen. Es bedarf weder eines besonderen sachlichen oder räumlichen Bezugs zum gewählten Recht noch eines besonderen Interesses der Parteien an der Anwendung des gerade von ihnen gewählten Rechts.

Fraglich ist freilich, ob es sich bei dem gewählten Recht um ein staatliches Recht handeln muss oder die Parteien auch nicht-staatliches Recht wählen können. Nach traditioneller Ansicht

⁸⁶ Begrenzte Rechtswahlfreiheit besteht mittlerweile im europäischen Unterhaltsrecht, vgl. Art. 15 EGUnterhaltsVO iVm Art. 8 des Haager Protokolls von 2007. Begrenzte Rechtswahlfreiheit gewähren soll auch Art. 20a des Vorschlags der Kommission für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich, KOM (2006) 399 endg.

⁸⁷ *Stefan Leible*, Parteiautonomie im IPR - Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?, in: Heinz-Peter Mansel/Thomas Pfeiffer/Herbert Kronke/Christian Kohler/Rainer Hausmann (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, 2004, S. 485 (503).

ist letzteres grundsätzlich ausgeschlossen.⁸⁸ Die Kommission wollte dies wenigstens für das Internationale Vertragsrecht ändern und den Kreis der wählbaren Rechte erweitern. An die „lex mercatoria“ und andere Schimären des Internationalen Wirtschaftsrechts dachte sie dabei jedoch bewusst und mit guten Gründen nicht. Den Parteien sollte lediglich die Möglichkeit eröffnet werden, auch „auf internationaler oder Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln des materiellen Vertragsrechts wählen“ zu können.⁸⁹

Dieses Mehr an kollisionsrechtlicher Freiheit wurde in der Wissenschaft schon seit längerem gefordert⁹⁰ und - zumindest von

⁸⁸ So etwa *Christian von Bar/Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl., 2003, § 2 Rn. 86; *Helmut Heiss*, Dietmar Czernich/Helmut Heiss (Hrsg.), EVÜ. Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen, Wien, 1999, Art. 3 EVÜ Rn. 44; *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., 2006, § 52 II 3; *Paul Lagarde*, Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980; Rev. crit. DIP 80 (1991), 287 (300 f.); *Dieter Martiny*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 10, 4. Aufl., 2006, Art. 27 EGBGB Rn. 28; *Ralf Michaels*, Privatautonomie und Privatkodifikation – Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien, *RabelsZ* 62 (1998), 580 (624 ff.); *Kurt Siehr*, Internationales Privatrecht, 2001, S. 122; *Andreas Spickhoff*, Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten, *RabelsZ* 56 (1992), 116 (128 ff.).

⁸⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 2 S. 1 des Vorschlags für eine Rom I-VO, KOM (2005) 650 endg.

⁹⁰ Vgl. z.B. - de lege lata oder de lege ferenda – *Katharina Boele-Woelki*, Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge», *IPRax* 1997, 161 (166); *Stefan Grundmann*, Law merchant als lex lata Communitatis – insbesondere die Unidroit-Principles, in: Uwe Diederichsen/Gerfried Fischer/Dieter Medicus/Jörg Pirrung/Thomas Wagnitz (Hrsg.), Festschrift für Walter Rolland zum 70. Geburtstag, 1999, S. 145 (151 f.); *Eva-Maria Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002, S. 286; *Ole Lando*, Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations, *Kings College L. J.* 7 (1996), 55 (62); *Stefan Leible*, Außenhandel und Rechtssicherheit, *ZVglRWiss* 97 (1998), 286 (317); *ders.*, Parteiautonomie im IPR - Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?, in: Heinz-Peter Mansel/Thomas Pfeiffer/Herbert Kronke/Christian Kohler/Rainer Hausmann (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, 2004, S. 485 (491); *Wulf-Henning Roth*, Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts, in: Heinz-Peter Mansel/Thomas Pfeiffer/Herbert Kronke/Christian Kohler/Rainer Hausmann (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, 2004, 757 (771); *Frank Vischer*, The relevance of the UNIDROIT Principles for judges and arbitrators in disputes arising out of international contracts, *Eur. J. L. R.* 1 (1998/99), 203 (210 ff.); *ders.*, Die kollisionsrechtliche Bedeutung der Wahl einer nichtstaatlichen Ordnung für den staatlichen Richter am Beispiel der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in: Ingeborg Schwenzer/Günter Hager (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem, 2003, S. 445; *Johannes Christian Wichard*, Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, *RabelsZ* 60 (1996), 269.

Teilen - begrüßt.⁹¹ Denn der Gerechtigkeitsgehalt solcher Regelwerke ist nicht a priori geringer als der staatlichen Rechts. Eine solche Weiterung hätte zudem einen bislang bestehenden Unterschied zwischen Gerichts- und Schiedsverfahren beseitigt; schließlich besteht in Schiedsverfahren die Möglichkeit des Ausweichens auf nichtstaatliches Recht schon seit langem und wird in der Praxis auch durchaus genutzt. Das Ansinnen der Kommission war daher grundsätzlich gutzuheißen, mag auch die technische Ausgestaltung im Vorschlag für eine Rom I-VO mangelhaft gewesen sein. Aber die Zeit war rechtspolitisch wohl noch nicht reif für eine solche Weiterung der Parteiautonomie. Denn aus einer historischen und systematischen Auslegung von Art. 3 Rom I-VO ergibt sich unzweifelhaft, dass eine kollisionsrechtliche Wahl nichtstaatlichen Rechts ausge-

⁹¹ Vgl. etwa *Eckart Brödermann*, The Growing Importance of the UNIDROIT Principles in Europe, ULR 2006, 749 (763 ff.); *Brigitta Jud*, Neue Dimensionen privatautonomer Rechtswahl, JBl. 2006, 695 (698); *Stefan Leible*, Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung EuZ 2006, 78 (79); *ders.*, Rechtswahl, in: Franco Ferrari/Stefan Leible (Hrsg.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa, 2007, S. 41 (47); *Eva Lein*, Proposal for a Regulation Concerning the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I): A Short Commentary, YPIL 7 (2005), 391 (401); *Wulf-Henning Roth*, Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts, in: Heinz-Peter Mansel/Thomas Pfeiffer/Herbert Kronke/Christian Kohler/Rainer Hausmann (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, 2004, S. 757; *Friederike Schäfer*, Die Wahl nichtstaatlichen Rechts nach Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs einer Rom I VO - Auswirkungen auf das optionale Instrument des europäischen Vertragsrechts, GPR 2006, 54.

geschlossen sein soll.⁹² Gleiches ist für Art. 14 Rom II-VO festzustellen.⁹³

Was den Parteien nach beiden Verordnungen erlaubt bleibt, ist natürlich eine rein materiellrechtliche Rechtswahl. Diese führt freilich zu einem komplizierten law mix zwischen gewähltem Recht - etwa den UNIDROIT-Principles⁹⁴ oder den „Principles of European Tort Law“⁹⁵ - und dem ius cogens des Vertrags- oder Deliktsstatuts. So etwas kann bei guter anwaltlicher Beratung eigentlich niemandem empfohlen werden.

c) Konsequenzen für den Common Frame of Reference (CFR)

Diese Feststellungen führen zur naheliegenden Frage, was aus all dem für den Common Frame of Reference folgt. Die Ant-

⁹² Zur Rom I-VO *Gisela Rühl*, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), *Die richtige Ordnung*. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 187 (189); ebenso *Francisco Garcimartín Alférez*, *The Rome I Regulation: Much ado about nothing?*, EuLF 2008, I-77 (I-83); *Stefan Leible*, *Choice of the Applicable Law*, in: Eleanor Cashin Ritaine/Andrea Bonomi (Hrsg.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*. Actes de la 20^e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, 2008, 61 (69); *Peter Mankowski*, *Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge*, IHR 2008, 133 (136).

⁹³ Zur Rom II-VO *Gisela Rühl*, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), *Die richtige Ordnung*. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 187 (190); *Stefan Leible*, *Rechtswahl im IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-Verordnung*, RIW 2008, 257 (261); a.A. *Thomas Kadner-Graziano*, *Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung*, *RabelsZ* 73 (2009), 1 (9 ff.), u.a. unter Hinweis auf Erwägungsgrund 13 der Rom I-VO. Nach diesem Erwägungsgrund hindert die Rom I-VO „die Parteien nicht daran, in ihrem Vertrag auf ein nichtstaatliches Regelwerk oder ein internationales Übereinkommen Bezug zu nehmen“. Bezug nehmen ist aber etwas anderes als eine echte Rechtswahl. Gestattet wird den Parteien lediglich eine rein materiellrechtliche Rechtswahl, keinesfalls aber eine kollisionsrechtliche Rechtswahl, vgl. auch *Stefan Leible*, *Choice of the Applicable Law*, in: Eleanor Cashin Ritaine/Andrea Bonomi (Hrsg.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*. Actes de la 20^e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, 2008, 61 (69).

⁹⁴ UNIDROIT (Hrsg.), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 2004, 2004. Deutsche und zahlreiche weitere Übersetzungen finden sich bei *Michael J. Bonell*, *An International Restatement of Contract Law*, 3. Aufl., 2005.

wort hierauf muss differenziert ausfallen⁹⁶ und hängt letztlich von der weiteren Vorgehensweise der EG ab.⁹⁷

aa) Draft Common Frame of Reference (DCFR)

Da sowohl die Rom I- als auch die Rom II-VO eine kollisionsrechtliche Wahl nicht-staatlichen Rechts nicht zulassen, kann der Ende 2008 von einer europäischen Forschergruppe im Auftrag der EG-Kommission vorgelegte „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR)⁹⁸ nicht zum Gegenstand einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl gemacht werden; denn es handelt sich um ein rein privates Regelwerk,⁹⁹ nach Ansicht mancher sogar eher um ein „Machwerk“.¹⁰⁰

⁹⁵ *European Group on Tort Law*, Principles of European tort Law. Text and Commentary, 2005.

⁹⁶ Ausführlich dazu *Stefan Leible*, El Marco Común de Referencia y la elección del Derecho aplicable, AEDIPr 8 (2008) (im Druck); *Peter Mankowski*, CFR und Rechtswahl, in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, München 2009, S. 390 ff.; vgl. außerdem *Helmut Heiss*, Party Autonomy, in: Franco Ferrari/Stefan Leible (Hrsg.), Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, 2009 (im Druck); *Fryderyk Zoll*, Rome I Regulation and Common Frame of Reference, ebda.

⁹⁷ Zum Diskussionsstand vgl. zuletzt den “Draft report to the Council on the setting up of a Common Frame of Reference for European contract law“ (Rats-Dok. 15306/08) sowie die Pressemitteilung 16325/1/08 REV 1 (Presse 344), p. 30, und dazu *Oliver Remien*, Editorial: On the Trend Towards Recodification and Reorientation in Private and Business Law, EJCL 12.3 (2008), im Internet verfügbar unter <http://www.ejcl.org/123/editor123.html>

⁹⁸ Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, 2009.

⁹⁹ Zu den Zielen des akademischen Entwurfs vgl. u.a. *Hans Schulte-Nölke*, Ziele und Arbeitsweise von Study Group und Acquis Group bei der Vorbereitung des DCFR, in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, München 2009, S. 9 ff.

¹⁰⁰ Zur Kritik vgl. z.B. *Horst Eidenmüller/Florian Faust/Hans Christoph Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann*, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht, JZ 2008, 529; vgl. außerdem die ausführliche Analyse von *Simon Whittaker*, The ‘Draft Common Frame of Reference’. An Assessment, 2008 (im Internet verfügbar unter <http://www.justice.gov.uk/publications/eu-contract-law-common-frame-reference.htm>), sowie die zahlreichen Beiträge in Reiner Schulze/Christian von Bar/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen. Kontroversen und Perspektiven, 2008.

bb) Vom DCFR zum CFR

Sollte aus dem DCFR ein CFR und dieser eine verbindliche Rechtsquelle des Gemeinschaftsrechts werden, also etwa eine Verordnung, ist er auch kollisionsrechtlich wählbar. Seine Rechtsqualität ließe sich nicht bezweifeln, stünde doch hinter ihm „die volle Autorität des Gemeinschaftsrechts“.¹⁰¹ Es handelte sich auf jeden Fall um staatliches Recht. Die Frage nach der (kollisionsrechtlichen) Wahl nichtstaatlichen Rechts würde sich dann gar nicht stellen.

Dass es soweit kommen wird, ist freilich zu bezweifeln. Beim CFR soll es sich nach den Vorstellungen der Kommission primär um ein der Öffentlichkeit zugängliches Dokument handeln, das den Gemeinschaftsorganen hilft, eine kohärentere Ausgestaltung der geltenden und künftigen Gemeinschaftsvorschriften im Bereich des europäischen Vertragsrechts zu gewährleisten.¹⁰² Ähnliche Vorstellungen scheint derzeit der Rat zu haben.¹⁰³ Man kann sich den Gemeinsamen Referenzrahmen letztlich als eine Art Blaupause oder einen Baukasten vorstellen, derer bzw. dessen man sich bei der Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands und der Ausarbeitung künftiger sektorspezifischer Maßnahmen bedient; denn mit dem CFR steht dem Gemeinschaftsgesetzgeber erstmals eine auf

¹⁰¹ *Peter Mankowski*, CFR und Rechtswahl, in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, 2009, S. 390 (413).

¹⁰² Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht – ein Aktionsplan, KOM (2003) 68 endg., S. 19.

¹⁰³ Vgl. die Pressemitteilung zum Ratstreffen „Justiz und Inneres“ am 18. 4. 2008 in Luxemburg, 8397/08 (Presse 96), S. 19: „A set of non-binding guidelines to be used by lawmakers at Com-

rechtsvergleichender Grundlage erarbeitete und gleichzeitig die Prinzipien des geltenden Gemeinschaftsprivatrechts berücksichtigende Infrastruktur zur Verfügung. Der CFR könnte daher der „Masterplan“ sein, der eine Koordinierung der verstreuten Rechtsakte auf dem Gebiet des Gemeinschaftsprivatrechts erlaubt und Richtschnur für zukünftige Gemeinschaftsmaßnahmen ist.¹⁰⁴

Ausweislich ihrer dritten Mitteilung zum Europäischen Vertragsrecht soll der CFR von der Kommission in diesem Jahr „verabschiedet“ und - so die Kommission - in breitem Rahmen veröffentlicht werden, unter anderem auch im Amtsblatt der Europäischen Union.¹⁰⁵ Völlig im Dunkeln bleibt in allen Mitteilungen der Kommission freilich - sicherlich bewusst -, welche Rechtsqualität dem Gemeinsamen Referenzrahmen zukommen soll. Nahe liegen würde es, als Handlungsform die Empfehlung gem. Art. 249 Abs. 5 EGV zu wählen. Man könnte auf diesem Wege den Mitgliedstaaten aufgeben, ihn bei der Implementierung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu beachten. Empfehlungen werden nach Art. 249 Abs. 1 EGV vom Europäischen Parlament und vom Rat gemeinsam, vom Rat oder von

munity level on a voluntary basis as a common source of inspiration or reference in the lawmaking process”.

¹⁰⁴ Einen ersten Schritt in diese Richtung stellt der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher (KOM [2008] 614 endg.) dar (vgl. dazu u.a. *Brigitta Jud/Christiane Wendehorst*, Proposal for a Directive on Consumer Rights – an Academic Paper, GPR 2009, 68). Allerdings orientiert sich dieser Vorschlag noch nicht am DCFR, sondern vor allem an den Acquis Principles (zu den Acquis Principles vgl. Research Group on the Existing EC Private Law, Principles of the Existing EC Contract Law [Acquis Principles]: Contract I – Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, 2007).

der Kommission abgegeben. In diesem Zusammenhang ist vor allem Art. 211 EGV von Interesse, der der Kommission in Durchbrechung des Prinzips der begrenzten Ermächtigung die Abgabe einer Empfehlung selbst dann gestattet, wenn sie hierzu nicht ausdrücklich ermächtigt ist.¹⁰⁶ Ob bei einer von Rat und Parlament ausgesprochenen Empfehlung das Prinzip der begrenzten Ermächtigung zu beachten ist, ist hingegen umstritten,¹⁰⁷ aber auch nicht weiter problematisch; denn als Rechtsgrundlage für eine solche Empfehlung lässt sich ohne Weiteres Art. 95 EG heranziehen, dient doch die Empfehlung letztlich nur der kohärenten Anwendung des gemeinschaftlichen Privatrechts, das überwiegend auf der Grundlage von Art. 95 EG erlassen wurde.¹⁰⁸

Daneben kennt das Gemeinschaftsrecht noch eine Vielzahl ungekennzeichneter Rechtsakte oder Rechtsakte sui generis, die den Gemeinschaftsorganen über Art. 249 EG hinaus weitere Handlungsmöglichkeiten eröffnen. Zu nennen sind etwa Beschlüsse, organinterne Rechtsakte, interinstitutionelle Vereinbarungen, europarechtliche Verwaltungsvorschriften oder Ent-

¹⁰⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen, KOM (2004) 651 endg., S. 14.

¹⁰⁶ *Matthias Ruffert*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl., 2007, Art. 211 EGV Rn. 8; *Dieter Kugelmann*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 211 EGVV Rn. 36.

¹⁰⁷ Vgl. dazu *Matthias Ruffert*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl., 2007, Art. 249 EGV Rn. 128; *Werner Schroeder*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 249 EGV Rn. 140, *Gert Nicolaysen*, Europarecht I - Die Europäische Integrationsverfassung, 2. Aufl., 2002, S. 60.

¹⁰⁸ Vgl. dazu *Bettina Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl., 2007, S. 7 f.

schließungen.¹⁰⁹ Auch sie sind in der Regel rechtlich unverbindlich, können also insbesondere keine Dritten binden. Allerdings darf man „unverbindlich“ nicht mit „rechtlich irrelevant“ gleichsetzen, wie schon die EuGH-Entscheidung „Grimaldi“ zur Beachtlichkeit von Empfehlungen deutlich gemacht hat.¹¹⁰ Zu denken wäre vor allem an einen von Rat, Kommission und Europäischem Parlament gefassten Beschluss oder eine interinstitutionelle Vereinbarung, künftige Rechtsetzungsakte soweit wie möglich am CFR auszurichten.

Es fragt sich natürlich, ob der Gemeinsame Referenzrahmen auch bei einer derartigen Vorgehensweise wählbares staatliches Recht wäre. Die Antwort lautet: Nein. Der Gemeinsame Referenzrahmen mag dann zwar - gerade bei der Wahl der Rechtsformen einer Empfehlung oder einer interinstitutionellen Vereinbarung - Bestandteil des Gemeinschaftsrechts werden. Er hat dann auch durchaus rechtliche Relevanz, weil er zum Beispiel zu einer Selbstbindung der Gemeinschaftsorgane führen kann oder von den nationalen Gerichten bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu beachten ist.¹¹¹ Zu wählbarem Recht wird er dadurch freilich noch nicht. Denn seine Wirkrichtung ist von seinen Verfassern von vornherein auf derart interne Vorgänge beschränkt worden. Direkt in Rechtsbeziehun-

¹⁰⁹ Dazu m. w. Nachw. *Matthias Ruffert*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl., 2007, Art. 249 EG Rn. 131 ff.

¹¹⁰ EuGH, Rs. C-322/88, *Grimaldi*, Slg. 1989, 4407 Rn. 18, ebenso z.B. EuGH, Rs. C-207/01, *Altair Chimica*, Slg. 2003, I-8875 Rn. 41; Rs. C-55/06, *Arcor*, Slg. 2008, I-0000 Rn. 94.

¹¹¹ Vgl. dazu *Stefan Leible*, Auswirkungen des CFR auf eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, 2009, S. 217 (230 f.).

gen zwischen Privaten anwendbares Recht sollte er hingegen nie sein. Das kann und darf dann auch nicht durch eine Rechtswahl überspielt werden. Möglich bleibt wiederum nur eine materiellrechtliche Rechtswahl.¹¹²

cc) Optionales Instrument

Eine weitere mögliche Funktion des Gemeinsamen Referenzrahmens könnte es sein, die Basis für ein optionales Rechtsinstrument auf dem Gebiet des Europäischen Schuldrechts zu bilden.¹¹³ Dahinter steht die Idee, auf der Grundlage des Gemeinsamen Referenzrahmens ein Rechtsinstrument zu entwickeln, dem die Parteien ihre vertraglichen (und möglicherweise auch außervertraglichen) Rechtsbeziehungen unterstellen können. Letztlich geht es also um das Angebot einer alternativen, nur auf Gemeinschaftsrecht basierenden Rechtsordnung. Gestützt werden könnte ein solches optionales Instrument in der Rechtsform einer EG-Verordnung auf Art. 308 EG-Vertrag.¹¹⁴

¹¹² *Stefan Leible*, El Marco Común de Referencia y la elección del Derecho aplicable, AEDIPr 8 (2008) (im Druck).

¹¹³ Ausführlich dazu *Stefan Leible*, ¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia? – Alegato a favor de un instrumento opcional, in: María del Rosario Díaz Romero/Pilar Domínguez Lozano/Cristina García Grewe/Carmen Jerez Delgado/María del Pilar Pérez Álvarez/Alma María Rodríguez Guitián/María Eugenia Rodríguez Martínez/Carlos Varela Gil (Hrsg.), Derecho Privado Europeo: Estado actual y perspectivas de futuro, 2008, S. 221 ff.; *ders.*, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument, BB 2008, S. 1469. Vgl. Auch *Helmut Heiss/Noemí Downes*, Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law. Reflections from a Private International Law Perspective, ERPL 2005, 693. Speziell zum Versicherungsrecht außerdem *Leander D. Loacker*, Insurance soft law? - Die Idee eines europäischen Versicherungsvertragsrechts zwischen akademischer Pionierleistung, Gemeinsamen Referenzrahmen und optionalem Instrument, VersR 2009, 289.

¹¹⁴ Vgl. auch *Martin J. Hesselink/Jacobien W. Rutger/Tim de Booy*s, The legal basis for an optional instrument on European contract law, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series No. 2007/04, S. 71, verfügbar über die Homepage des Instituts (<http://www.jur.uva.nl/csecl>); *Susanne Hähnchen*, Die Rechtsform des CFR und die Frage nach der Kompetenz, in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entste-

In ihrer zweiten Mitteilung hatte die Kommission zwei denkbare Ansätze zur Anwendbarkeit eines optionalen Instruments vorgestellt. Das optionale Instrument könnte - nach dem Vorbild des UN-Kaufrechts¹¹⁵ - entweder anwendbar sein, sofern seine Geltung nicht im Vertrag von den Vertragsparteien ausgeschlossen würde („Opt-out“); oder es könnte sich um ein rein fakultatives Modell handeln, für das sich die Parteien durch Aufnahme einer Rechtswahlklausel („Opt-in“) in den Vertrag entscheiden würden.¹¹⁶ Die besseren Argumente sprechen für ein Opt-in-Modell.¹¹⁷ Denn nur diese Lösung respektiert die Vertragsfreiheit, die auch durch das Gemeinschaftsrecht garantiert wird,¹¹⁸ in größtmöglicher Weise. Den Parteien würde es dann frei stehen, das optionale Instrument nach Art. 3 Rom I-VO (oder Art. 14 Abs. 1 Rom II-VO) zu dem auf ihren Vertrag (oder das zwischen ihnen bestehende außervertragliche Rechtsverhältnis) anwendbare Recht zu bestimmen. Noch eleganter wäre es freilich, nach dem Muster des CISG in das

hung, Inhalte, Anwendung, 2009, S. 148 (168); a.A. *Markus Ludwigs*, Harmonisierung des Schuldvertragsrechts in Europa – Zur Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeiten für eine Europäisierung des Privatrechts, *EuR* 2006, 370 (394).

¹¹⁵ Vgl. Art. 6 CISG.

¹¹⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht. Ein Aktionsplan, KOM (2003) 68 endg., Nr. 92.

¹¹⁷ Nahe liegt es, zunächst in einer „Probephase“ ein optionales Instrument für den E-Commerce zu schaffen, da hier die Probleme eines grenzüberschreitenden Vertriebs nach einem Recht am augenfälligsten sind. Rechtstatsächlich könnte die Rechtswahlvereinbarung dann z.B. bei einem Kauf in einem Internetshop schlicht und einfach dadurch erfolgen, dass der Unternehmer für den Vertragsschluss einen Button mit der blauen Europaflagge zur Verfügung stellt, der mit der Beschriftung „Sale under EU Law“ versehen ist. Klickt der Käufer diesen von *Hans Schulte-Nölke* so genannten „blue button“ an, ist darin sein an den Verkäufer gerichteter Antrag zu sehen, für den Kaufvertrag das optionale Instrument zum anwendbaren Recht zu bestimmen; vgl. dazu auch *Hans Schulte-Nölke*, Europäisches Vertragsrecht als blauer Button im Internet-Shop, *ZGS* 2007, 81; *ders.*, in: Oliver Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht, 2008, S. 25 (42 f.); *Stefan Leible/Michael Müller*, Der „blue button“ für den Internetshop - Ein optionales Instrument für den E-Commerce?, *K & R* 2009, 7.

optionale Instrument selbst eine Bestimmung über seinen Geltungsbereich aufzunehmen. Eines Rückgriffs auf die Rom I-VO (oder die Rom II-VO) bedürfte es dann nicht mehr;¹¹⁹ denn die im optionalen Instrument enthaltene Regelung ginge als *lex specialis* Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO (bzw. Art. 14 Rom II-VO) vor. Eine solche Lösung hätte außerdem den unbestreitbaren Vorteil, dass auch Art. 6 Rom I-VO (bzw. Art. 14 Abs. 1 lit. b Rom II-VO) nicht zur Anwendung käme.¹²⁰ Darauf scheint auch Erwägungsgrund 14 der Rom I-Verordnung abzielen, wenn es dort heißt:

„Sollte die Gemeinschaft in einem geeigneten Rechtsakt Regeln des materiellen Vertragsrechts, einschließlich vertragsrechtlicher Standardbestimmungen, festlegen, so kann in einem solchen Rechtsakt vorgesehen werden, dass die Parteien entscheiden können, diese Regeln anzuwenden“.

Dabei sollte man sich zudem die Frage stellen, ob - abweichend von Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO (bzw. Art. 14 Abs. 2 Rom II-VO) - eine Wahl des optionalen Instruments nicht auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten zuzulassen ist.¹²¹ Für eine solche Lösung streiten mindestens zwei Argumente.¹²²

¹¹⁸ *Karl Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., 2006, Rn. 131 ff.

¹¹⁹ Vgl. auch *Peter Mankowski*, CFR und Rechtswahl, in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, 2009, S. 390 (416).

¹²⁰ Vgl. auch *Peter Mankowski*, CFR und Rechtswahl, in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, 2009, S. 390 (429).

¹²¹ Vgl. dazu auch *Peter Mankowski*, CFR und Rechtswahl, in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, 2009, S. 390 (417 ff.).

¹²² Vgl. bereits *Stefan Leible*, Rechtswahl, in: Franco Ferrari/Stefan Leible (Hrsg.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa – Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung, 2007, S. 41 (50); *ders.*, ¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia? – Alegato a favor de un

Zum einen trägt nur eine Rechtswahlmöglichkeit auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten dem Gedanken eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen¹²³ umfassend Rechnung. Und zum anderen lassen sich nur so wirkliche Größenvorteile erzielen. Denn allein eine derart umfassende Rechtswahlfreiheit erlaubt es Unternehmen, mit einem Vertragsmuster für den gesamten Binnenmarkt auszukommen, entfällt doch nur dann das Erfordernis, rein nationale Verträge am nationalen Recht auszurichten.¹²⁴

Zu klären bleibt freilich - für Kaufverträge zwischen Unternehmen¹²⁵ - das Verhältnis eines optionalen Instruments zum UN-Kaufrecht. Dies ist freilich kein Problem und lässt sich als ein Verhältnis der Alternativität beschreiben. Denn wenn das optionale Instrument nur bei einer Opt in-Vereinbarung der Parteien gilt, ist in einer solchen Abrede zugleich eine jederzeit mögliche Abwahl des UN-Kaufrechts im Sinne von dessen Art. 6 zu sehen.¹²⁶ Letztlich konkurrieren beide Regelwerke also

instrumento opcional, in: María del Rosario Díaz Romero/Pilar Domínguez Lozano/Cristina García Grewe/Carmen Jerez Delgado/María del Pilar Pérez Álvarez/Alma María Rodríguez Guitián/María Eugenia Rodríguez Martínez/Carlos Varela Gil (Hrsg.), *Derecho Privado Europeo: Estado actual y perspectivas de futuro*, 2008, S. 221 (241).

¹²³ Näher dazu *Eva-Maria Kieninger*, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tübingen 2002.

¹²⁴ Vgl. dazu *Stefan Leible/Michael Müller*, *Der „blue button“ für den Internetshop - Ein optionales Instrument für den E-Commerce?*, *K & R* 2009, 7 (8 ff.).

¹²⁵ Für Kaufverträge mit Verbrauchern gilt das UN-Kaufrecht ohnehin nicht, vgl. Art. 2 lit. a CISG.

¹²⁶ *Stefan Leible*, *Rechtswahl*, in: Franco Ferrari/Stefan Leible (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa – Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*, 2007, S. 41 (50); *ders.*, *¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia? – Alegato a favor de un instrumento opcional*, in: María del Rosario Díaz Romero/Pilar Domínguez Lozano/Cristina García Grewe/Carmen Jerez Delgado/María del Pilar Pérez Álvarez/Alma María Rodríguez Guitián/María Eugenia Rodríguez Martínez/Carlos Varela Gil (Hrsg.), *Derecho Privado Europeo: Estado actual y perspectivas de futuro*, 2008, S. 221 (245). Für eine Lösung über Art.

miteinander. Zu Anwendungskonflikten kommt es hingegen nicht.

3. Binnenmarktklausel

Beide Verordnungen schließen bei rein innerstaatlichen Sachverhalten eine kollisionsrechtliche Rechtswahl aus.¹²⁷ Das ist aus Sicht der Gemeinschaft freilich nicht ausreichend. Denn vom Gemeinschaftsrecht - z. B. der Produkthaftungs-¹²⁸ oder der Verbraucherkreditrichtlinie¹²⁹ - vorgegebene zwingende materiellrechtliche Standards könnten von den Beteiligten - etwa eines deutsch-spanischen Haftungsfalls oder Verbraucherkreditvertrags - durch die Wahl eines drittstaatlichen Rechts umgangen werden. Um dies zu verhindern und zugleich sicherzustellen, dass die wichtige Frage des Anwendungsbereichs des angeglichenen Rechts in allen Mitgliedstaaten gleich entschieden wird, enthalten beide Verordnungen eine Binnenmarktklausel.¹³⁰ Sie lautet:

„Sind alle anderen Elemente des Sachverhalts zum Zeitpunkt der Rechtswahl in einem oder mehreren Mitgliedstaaten belegen, so berührt die Wahl des Rechts eines Drittstaats durch die Parteien nicht die Anwendung der Bestimmungen des Ge-

90 CISG *Peter Mankowski*, CFR und Rechtswahl, in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, 2009, S. 390 (422).

¹²⁷ Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, Art. 14 Abs. 2 Rom II-VO.

¹²⁸ Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. EG 1985 L 210/29.

¹²⁹ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. EU 2008 L 133/66.

meinschaftsrechts - gegebenenfalls in der von dem Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts umgesetzten Form -, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann“.

Dass eine solche Regelung notwendig ist, steht wohl außer Frage; denn für die Gemeinschaft stellt sich ein reiner Binnenmarktfall nicht anders dar als für die Mitgliedstaaten ein reiner Inlandsfall. Technisch ist die Regelung freilich teilweise missglückt. Schon die Rechtsfolge überzeugt nicht. Näher hätte es gelegen, auf diejenigen nationalen Umsetzungsnormen zu verweisen, die ansonsten aufgrund objektiver Anknüpfung zum Zuge gekommen wären.¹³¹ Oder man hätte ganz allgemein die Umsetzungsnormen des Mitgliedstaats für anwendbar erklären können, zu dem der Vertrag die engste Beziehung aufweist.¹³²

Noch bedauerlicher ist aber ein echter Fehler. Verlangt wird ein Bezug zu mehreren Mitgliedstaaten. Unter „Mitgliedstaaten“ verstehen beide Verordnungen alle Mitgliedstaaten, für die sie anwendbar sind,¹³³ also alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union unter Ausnahme Dänemarks. Das würde im Verhältnis zu Dänemark zu der abenteuerlichen Konsequenz führen, dass Dänemark als Drittstaat zu qualifizieren wäre, und hätte zur Folge, dass die Binnenmarktklausel nicht greift.

¹³⁰ Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO, Art. 14 Abs. 3 Rom II-VO.

¹³¹ Vgl. bereits zu Art. 3 Abs. 5 des Vorschlags für eine Rom I-VO *Stefan Leible*, Rechtswahl, in: Franco Ferrari/Stefan Leible (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, 2007, S. 41 (51).

¹³² So etwa Art. 29a Abs. 1 EGBGB; vgl. dazu auch *Andreas Spickhoff*, in: Bamberger/Roth, *BGB*, Bd. 3, 2. Aufl., 2008, Art. 29a EGBGB Rn. 15.

Um derartiges zu verhindern, hat die Rom I-VO im Gesetzgebungsverfahren eine wichtige Ergänzung erfahren. Danach bezeichnet der Begriff „Mitgliedstaaten“ in der Binnenmarktklausel alle Mitgliedstaaten der EU, also nicht nur die Mitgliedstaaten, in denen die Rom I-VO anwendbar ist.¹³⁴ Eine entsprechende Ergänzung fehlt freilich in der Rom II-VO. Man hat das Problem schlicht nicht gesehen. Lösen lässt es sich nur, indem man die Auslegung des Begriffs des Mitgliedstaats in der Binnenmarktklausel der Rom II-VO an der Teleologie der Vorschrift und unter Berücksichtigung der Regelung in der Rom I-Verordnung ausrichtet.¹³⁵

Unbefriedigend ist weiterhin, dass weder Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO noch Art. 14 Abs. 3 Rom II-VO die Vertragsstaaten des EWR berücksichtigen, obgleich diese ebenfalls die maßgeblichen EG-Richtlinien in nationales Recht umgesetzt haben, insbesondere im Bereich des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes, aber etwa auch die Produkthaftungsrichtlinie. Daher lautet z.B. der Eingangssatz von Art. 29a EGBGB:

„Unterliegt ein Vertrag auf Grund einer Rechtswahl nicht dem Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union *oder* eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ...“.

¹³³ Art. 2 Abs. 4 S. 1 Rom I-VO, Art. 2 Abs. 4 Rom II-VO.

¹³⁴ Art. 1 Abs. 4 S. 2 Rom I-VO.

¹³⁵ Vgl. dazu m. w. Nachw. *Stefan Leible*, Rechtswahl der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-Verordnung, RIW 2008, 257 (263).

Eine solche Formulierung wäre auch für Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO und Art. 14 Abs. 3 Rom II-VO sinnvoll gewesen.

V. Auslegungszusammenhang zwischen den Verordnungen Rom I, Rom II und Brüssel I

Damit ist auch bereits der Übergang zum nächsten Punkt gefunden, dem Auslegungszusammenhang zwischen der Rom I- und der Rom II-VO, in den auch die Brüssel I-VO (bzw. EuGV-VO) einzubeziehen ist. Die beiden Rom-VO erfassen - von wenigen Ausnahmen abgesehen¹³⁶ - das IPR der privaten Schuldverhältnisse in seiner gesamten Breite und finden ihr prozessuales Pendant in der Brüssel I-Verordnung. Verschiedentlich werden in allen drei Verordnungen sogar identische Formulierungen benutzt. Dann liegt es auch nahe, ihnen denselben Bedeutungsgehalt beizumessen, sofern nicht ausnahmsweise unterschiedliche kollisionsrechtliche und zivilverfahrensrechtliche Wertungen und Ziele zu unterschiedlichen Auslegungen zwingen.¹³⁷ Auch der europäische Gesetzgeber betont diesen Auslegungszusammenhang. So heißt es etwa in Erwägungsgrund 7 zur Rom I-VO:

„Der materielle Anwendungsbereich und die Bestimmungen dieser Verordnung sollten mit der Verordnung (EG) Nr. 44/

¹³⁶ Vgl. Art. 1 Abs. 2 Rom I-VO und Art. 1 Abs. 2 Rom II-VO.

¹³⁷ Überlegungen zum Auslegungszusammenhang z.B. bei *Anna-Kristina Bitter*, Auslegungszusammenhang zwischen der Brüssel I-Verordnung und der künftigen Rom I-Verordnung, IPRax 2008, 96; *Eva Lein*, The New Rome I/Rome II/Brussels I Synergy, YPIL 10 (2008), 177; *dies.*, La nouvelle synergie Rome I/Rome II/Bruxelles I, in: Eleanor Cashin Ritaine/Andrea Bonomi (Hrsg.), Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles, 2008, S. 27 ff.; *Fausto Pocar*, The Relationship between the Rome I and the

2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen („Brüssel I“) und der Verordnung (EG) Nr. 864/ 2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) im Einklang stehen.“

Bedeutung hat dies unter anderem für den europäischen Vertragsbegriff¹³⁸ und hier insbesondere für die Frage nach der Einordnung der culpa in contrahendo.¹³⁹ Es lassen sich aber auch zahlreiche andere Beispiele finden. Erwähnt sei etwa der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts.¹⁴⁰ Rom I und Rom II wählen bei juristischen Personen zunächst einen anderen Weg als die Brüssel I-VO, da sie nur die Hauptverwaltung für maßgeblich erklären.¹⁴¹ Resultiert das Schuldverhältnis allerdings aus dem Betrieb einer Zweigniederlassung, ist diese maßgeb-

Brussels I Regulation, in: Franco Ferrari/Stefan Leible (Hrsg.), Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, 2009 (im Druck).

138 Vgl. dazu *Matthias Lehmann*, Der Anwendungsbereich der Rom I-Verordnung – Vertragsbegriff und vorvertragliche Rechtsverhältnisse, in: Franco Ferrari/Stefan Leible (Hrsg.), Ein neues Internationales Vertragsrecht in Europa – Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung, 2007, S. 17 ff.

139 Vgl. dazu *Alexander Henk*, Die Haftung für culpa in contrahendo im IPR und IZVR, 2007; außerdem *Jan von Hein*, Die culpa in contrahendo im europäischen Privatrecht: Wechselwirkungen zwischen IPR und Sachrecht, GPR 2007, 54; *Jan Lüttringhaus*, Das internationale Privatrecht der culpa in contrahendo nach den EG-Verordnungen Rom I und Rom II, RIW 2008, 193; *Peter Mankowski*, Die Qualifikation der culpa in contrahendo - Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR, IPRax 2003, 127.

140 Vgl. dazu auch *Dietmar Baetge*, Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 77 ff.

141 Vgl. Art. 19 Abs. 1 Rom I-VO und Art. 23 Abs. 1 S. 1 Rom II-VO im Gegensatz zu Art. 60 Abs. 1 EuGVVO.

lich.¹⁴² Der Begriff der Zweigniederlassung wird in identischer Weise wie in Art. 5 Nr. 5 Brüssel I-VO verwendet und sollte daher auch genauso ausgelegt werden.¹⁴³

Wie hilfreich dieser Auslegungszusammenhang sein kann, mag auch ein Beispiel aus der neueren BGH-Rechtsprechung verdeutlichen, in der der BGH diesen Auslegungszusammenhang freilich gar nicht bemerkt hat. Der BGH hatte sich mit der Klage eines Verbrauchers mit Wohnsitz in Deutschland gegen einen in Griechenland ansässigen Rechtsanwalt zu befassen, dessen Kontaktadresse auf den Internetseiten verschiedener Dritter angegeben war und mit dem der Kläger ohne Kenntnis hiervon in Griechenland einen Vertrag geschlossen hatte. Der BGH lehnte eine auf Art. 15 Abs. 1 lit. c, 16 Abs. 1 EuGVVO gestützte internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ab. Er begründete dies u.a. mit dem Argument, für ein „Ausrichten“ der gewerblichen Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers sei erforderlich, dass der Verbraucher dort zum Vertragsschluss zumindest motiviert worden ist, auch wenn der Vertragsschluss selbst nicht in seinem Wohnsitzstaat erfolgt.¹⁴⁴

Diese Restriktion bedeutet nichts anderes als die Forderung nach einem Kausalzusammenhang zwischen dem Ausrichten

¹⁴² Vgl. Art. 19 Abs. 2 Rom I-VO und Art. 23 Abs. 1 S. 2 Rom II-VO.

¹⁴³ Näher zum Begriff der Zweigniederlassung in Art. 5 Nr. 5 EuGVVO *Stefan Leible*, in: Thomas Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 2. Auf., 2006, Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 103.

¹⁴⁴ BGH, NJW 2009, 298 = EuZW 2009, 26-27 m. Anm. *Stefan Leible/Michael Müller* = MDR 2009, 44 = MMR 2009, 42 = K&R 2009, 47 = RIW 2009, 82.

der Tätigkeit und dem Vertragsschluss.¹⁴⁵ Dafür finden sich im Wortlaut der Norm freilich keine Anhaltspunkte. Jedoch lässt sich für diese Auslegung ein systematisches Argument aus der Rom I-VO herleiten. Deren Art. 6 Abs. 1 lit. b entspricht im hier relevanten Umfang sprachlich Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGV-VO. Und zu Art. 6 Rom I-VO heißt es in Erwägungsgrund 25 der Rom I-VO:

„Die Verbraucher sollten dann durch Regelungen des Staates ihres gewöhnlichen Aufenthalts geschützt werden, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann, wenn der Vertragsschluss darauf zurückzuführen ist, dass der Unternehmer in diesem bestimmten Staat eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt. Der gleiche Schutz sollte gewährleistet sein, wenn ein Unternehmer zwar keine beruflichen oder gewerblichen Tätigkeiten in dem Staat, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, ausübt, seine Tätigkeiten aber — unabhängig von der Art und Weise, in der dies geschieht — auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates, ausrichtet und der Vertragsschluss auf solche Tätigkeiten *zurückzuführen ist*.“

Damit geht die Rom I-VO für das IPR von einem Kausalitätserfordernis aus. Dass dies auch für die entsprechende Vorschrift der EuGVVO zu gelten hat, folgt aus dem bereits erwähnten Erwägungsgrund 7 der Rom I-VO, demzufolge die Bestimmung

¹⁴⁵ *Stefan Leible/Michael Müller*, EuZW 2009, 27 (28); vgl. dazu bereits OLG Karlsruhe NJW 2008, 85 (86) m. Bspr. *Peter Mankowski*, Honorarklagen bei Privatmandanten aus dem EU-Ausland. Neue Aspekte in der Entscheidung OLG Karlsruhe, Senat Freiburg, 24.8.2007 - 14 U 72/06, AnwBl. 2008, 358.

gen der Rom I-VO und der EuGVVO *im Einklang stehen* sollen. Ein Sollen ist zwar nicht gleichbedeutend mit einem absoluten Müssen, doch ist von einer Pflicht zu einer einheitlichen Auslegung jedenfalls dann auszugehen, wenn kein besonderer Grund für eine abweichende Behandlung besteht. Ein solcher Grund ist hier indes nicht ersichtlich.¹⁴⁶

VI. Rom I und Rom II als Bausteine für Rom 0? – Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des Europäischen Kollisionsrechts

1. Ausgangspunkt

Abschließend ist der Frage nachzugehen, ob und inwieweit Rom I und Rom II als Bausteine für einen Allgemeinen Teil eines europäischen IPR dienen können. Beide Verordnungen stehen nicht isoliert da, sondern sind Bestandteil eines abgestimmten Programms der Europäischen Gemeinschaft zur Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts,¹⁴⁷ in dessen Rahmen auch das IPR möglichst flächen-

¹⁴⁶ *Stefan Leible/Michael Müller*, EuZW 2009, 27 (28); vgl. zuvor bereits *Stefan Leible/Matthias Lehmann*, Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), RIW 2008, 528 (538 in Fußn. 124); *Peter Mankowski*, Muss zwischen ausgerichteter Tätigkeit und konkretem Vertrag bei Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO ein Zusammenhang bestehen?, IPRax 2008, 333 (336 ff.); a.A. noch vor Erlass der Rom I-VO *Stefan Leible/Robert Freitag*, Forderungsbeitreibung in der EU, 2008, § 2 Rn. 141.

¹⁴⁷ Vgl. zuletzt das Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union (ABl. EU 2005 C 53/1), den Aktionsplan des Rates und der Kommission zur Umsetzung des Haager Programms zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union (ABl. EU 2005 C 198/1) sowie Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 2.7.2008 „Bericht über die Umsetzung des Haager Programms im Jahr 2007“, KOM (2008) 373 endg.

deckend geregelt werden soll.¹⁴⁸ Denn nur so lässt sich sicherzustellen, dass im Binnenmarkt alle Sachverhalte unabhängig davon, welche Gerichte welchen Mitgliedstaates zur Entscheidung berufen sind, stets nach dem gleichen Recht beurteilt werden.

Direkt anwendbare kollisionsrechtliche Regelungen finden sich außer in der Rom I- und der Rom II-VO auch in der bereits erwähnten EGUnterhaltsVO. Außerdem werden derzeit weitere Verordnungen vorbereitet, die neben verfahrensrechtlichen auch kollisionsrechtliche Regelungen enthalten sollen. Hinzuweisen ist etwa auf

- den Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich,¹⁴⁹

¹⁴⁸ Zum Stand vgl. zuletzt *Heinz-Peter Mansel/Karsten Thorn/Rolf Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2008: Fundamente der Europäischen IPR-Kodifikation, IPRax 2009, 1.

¹⁴⁹ KOM (2006) 399 endg. Vgl. dazu auch *Veronika Gärtner*, European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments, JPIL 2 (2006), 99; *Christian Kohler*, Zur Gestaltung des europäischen Kollisionsrechts für Ehesachen: Der steinige Weg zu einheitlichen Vorschriften über das anwendbare Recht für Scheidung und Trennung, FamRZ 2008, 1673; *ders.*, Einheitliche Kollisionsnormen für Ehesachen in der Europäischen Union: Vorschläge und Vorbehalte, FPR 2008, 193. Die Verhandlungen zu dieser sog. Rom III-VO sind freilich gescheitert, da Schweden sich aufgrund der vorgesehenen Anwendung ausländischen Rechts in Scheidungsverfahren gegen diesen Rechtsakt ausgesprochen hat und Art. 67 Abs. 5 EGV für Maßnahmen im Bereich des Familienrechts Einstimmigkeit verlangt. Überlegt wird derzeit, ob daher erstmals auf die Vorschriften über die verstärkte Zusammenarbeit (Art. 11-11a EGV, Art. 43-45 EUV) zurückgegriffen werden soll. Vgl. dazu auch *Peter Schneiderhan*, Drei Nein vor der französischen Ratspräsidentschaft, DRiZ 2008, 203; *Heinz-Peter Mansel/Karsten Thorn/Rolf Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2008: Fundamente der Europäischen IPR-Kodifikation, IPRax 2009, 1 (2).

- das Grünbuch zu den Kollisionsnormen im Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung der gerichtlichen Zuständigkeit und der gegenseitigen Anerkennung,¹⁵⁰ und
- das Grünbuch Erb- und Testamentsrecht.¹⁵¹

Bereits vom Prozess der Vergemeinschaftung des materiellen Privatrechts ist freilich bekannt, dass sich aufgrund der Unwägbarkeiten des europäischen Gesetzgebungsverfahrens beim Vorhandensein einer Vielzahl von Rechtsakten Disharmonien zwischen einzelnen von ihnen nicht ausschließen lassen.¹⁵² Der Gedanke einer Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts liegt daher nahe,¹⁵³ sei es in Form einer Rom 0-Verordnung, sei es in Gestalt eines

¹⁵⁰ KOM (2006) 400 endg. Vgl. dazu *Dieter Martiny*, Ein Internationales Scheidungsrecht für Europa - Konturen einer Rom III-Verordnung, in: Robert Freitag/Stefan Leible/Harald Sippel/Ulrike Wanitzek (Hrsg.), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert. Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Spellenberg, 2006, S. 119 ff.; *ders.*, Das Grünbuch zum Internationalen Ehegüterrecht – erste Regelungsvorschläge, FPR 2008, 206; *ders.*, Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Güterrecht, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 373 ff.; *Rembert Süß*, Das Grünbuch der EG zum ehelichen Güterrecht, ZErB 2006, 326.

¹⁵¹ KOM (2005) 65 endg. Vgl. dazu *Heinrich Dörner*, Das Grünbuch „Erb- und Testamentsrecht“ der Europäischen Kommission, ZEV 2005, 137; *Marc Heggen*, Europäische Vereinheitlichungstendenzen im Bereich des Erb- und Testamentsrechtes - Ein Ansatz zur Lösung von Problemen der Nachlassabwicklung bei transnationalen Erbfällen?, RNotZ 2007, 1; *Brigitta Jud*, Rechtswahl im Erbrecht: Das Grünbuch der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht, GPR 2005, 133; *Daniel Lehmann*, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum Erb- und Testamentsrecht, ZErB 2005, 320; *ders.*, Ernüchternde Entwicklung beim Europäischen Erbrecht?, FPR 2008, 203; *Michaela Navratilova*, Der Weg zum vereinheitlichten europäischen Erbkollisionsrecht - Bisherige Entwicklung, StudZR 2008, 413; *dies.*, Familienrechtliche Aspekte im europäischen Erbkollisionsrecht. Unter Einbeziehung der Rechtsetzungskompetenz nach dem Vertrag von Lissabon, GPR 2008, 144; *Cordula Stumpf*, Europäisierung des Erbrechts: Das Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht, EuZW 2006, 587; *Günther Schotten/Cornelia Schmellenkamp*, Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das internationale Erbrecht, ErbR 2008, 322.

¹⁵² Vgl. *Stefan Leible*, Marktintegration und Privatrechtsvereinheitlichung, in: Andreas Furrer (Hrsg.), Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs, 2006, S. 5 (13 f.).

¹⁵³ Kurz zur Geschichte der Kodifikationsidee im Internationalen Privatrecht *Erik Jayme*, Die Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie, in: Brigitta Jud/Walter H.

Allgemeinen Teils einer zukünftigen Gesamtkodifikation des europäischen IPR.¹⁵⁴

Einzugehen ist im folgenden auf vier Punkte, und zwar den Renvoi, Mehrrechtsstaaten, Eingriffsnormen und den ordre public. Ausführungen zur Vorfragenproblematik und zur Qualifikation bleiben einer späteren Untersuchung vorbehalten.¹⁵⁵

2. Renvoi

Renvoi ist der Oberbegriff für eine Rück- oder Weiterverweisung. Zu einem Renvoi kann es kommen, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind:

- Das IPR der lex fori verweist nicht auf ausländisches Sachrecht, sondern auf ausländisches Recht insgesamt, also einschließlich des ausländischen IPR. Man spricht dann von einer Gesamtverweisung.¹⁵⁶
- Das ausländische IPR gelangt zu einem anderen Ergebnis als das IPR der lex fori, verweist also weiter oder zurück.

Rechberger/Gerte Reichelt (Hrsg.), Kollisionsrecht in der Europäischen Union. Neue Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts, 2008, S. 63 (67 ff.).

¹⁵⁴ Vgl. dazu außerdem *Christian Heinze*, Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 105 ff.; *Gerte Reichelt*, Zur Kodifikation des Europäischen Kollisionsrechts – am Beispiel des ordre public, in: Gerte Reichelt (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR. Ein Beitrag zur Kodifikation der Allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts, 2007, S. 5 ff.; *Hans Jürgen Sonnenberger*, Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 227 ff.

¹⁵⁵ Vgl. dazu *Christian Heinze*, Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 105 (107 ff. und 111 ff.); *Hans Jürgen Sonnenberger*, Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 227 (239 f. und 241 f.).

Nach der Rom I- und der Rom II-VO sind unter dem nach diesen Verordnungen anzuwendenden Recht eines Staates die „in diesem Staat geltenden Rechtsnormen unter Ausschluss derjenigen des Internationalen Privatrechts zu verstehen“.¹⁵⁷

Beide Verordnungen gehen also von einer Sachnormverweisung aus. Rück- und Weiterverweisungen (Renvoi) sind damit ausgeschlossen.

Rechtspolitisch betrachtet spricht für den Grundsatz der Sachnormverweisung das Interesse, die eigene Anknüpfung zu akzeptieren und die dahinter stehenden Wertungen nicht durch abweichende Entscheidungen des ausländischen IPR in Frage stellen zu lassen.¹⁵⁸ Dies gilt umso mehr, je differenzierter die eigene Anknüpfungsregel ist und je bedeutender die ihr zugrunde liegenden Wertungen sind.¹⁵⁹ Eine Sachnormverweisung erleichtert außerdem die Anwendung des Kollisionsrechts, da sie dem Gericht und den Parteien die zeit- und kostenintensive Ermittlung und häufig fehlerträchtige Anwendung der Kollisionsnormen eines anderen Staates, bei einer Weiterverweisung sogar mehrerer Staaten erspart.¹⁶⁰

Für den gegenteiligen Grundsatz der Gesamtverweisung streitet hingegen das Interesse am internationalen Entscheidungs-

¹⁵⁶ Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB.

¹⁵⁷ Art. 20 Rom I-VO und Art. 24 Rom II-VO.

¹⁵⁸ *Gerald Mäsch*, Der Renvoi – Plädoyer für die Begrenzung einer überflüssigen Rechtsfigur, *RabelsZ* 61 (1997), 286 (290 ff.).

¹⁵⁹ *Abbo Junker*, Internationales Privatrecht, 1998, Rn. 194.

¹⁶⁰ *Christian von Bar/Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl., 2003, § 7 Rn. 238.

einklang. Der inländische Richter entscheidet so, wie auch der ausländische Richter entscheiden würde.¹⁶¹ Das vermindert den Anreiz zum forum shopping und hilft, hinkende Rechtsverhältnisse zu verhindern.¹⁶² Eine Gesamtnormverweisung fördert zudem die Anwendung eigenen Rechts, begünstigt also das Heimwärtsstreben der Gerichte.¹⁶³

Kollisionsrechtsvergleichend ist das Bild gemischt. Zahlreiche europäische Staaten favorisieren die Gesamtverweisung, entscheiden aber unterschiedlich über die Anerkennung von Rück- und Weiterverweisungen.¹⁶⁴ Das IPR anderer europäischer Staaten beachtet hingegen weder eine Rück- noch eine Weiterverweisung, sondern geht prinzipiell vom Grundsatz der Sachnormverweisung aus.¹⁶⁵ International gesehen befindet sich der Renvoi auf dem Rückzug.¹⁶⁶ Auch staatsvertragliche Kollisionsnormen entscheiden sich meist für eine Sachnormverweisung.¹⁶⁷ Denn die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts

¹⁶¹ Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., 2006, § 24 I 3 b (S. 164 f.).

¹⁶² Robert Freitag, in: Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Gerhard Ring (Hrsg.), Anwaltkommentar BGB, Bd. 1, 2005, Art. 4 EGBGB Rn. 1.

¹⁶³ Bernd von Hoffmann/Karsten Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., 2007, § 6 Rn. 91; Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., 2006, § 24 I 3 a (S. 163 f.).

¹⁶⁴ Siehe dazu die Länderübersicht bei Staudinger/Hausmann, Bearb. 2003, Anhang zu Art. 4 EGBGB.

¹⁶⁵ Nachweise bei Hans-Jürgen Sonnenberger, in: Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10: Internationales Privatrecht, 4. Aufl., 2006, Art. 4 EGBGB Rn. 2.

¹⁶⁶ Zutr. Gerald Mäsch, Der Renvoi – Plädoyer für die Begrenzung einer überflüssigen Rechtsfigur, *RabelsZ* 61 (1997), 286.

¹⁶⁷ Ausführlich, auch zu Ausnahmen, Weizuo Chen, Rück- und Weiterverweisung (Renvoi) in staatsvertraglichen Kollisionsnormen, 2004; Jan Kropholler, Der Renvoi im vereinheitlichten Kollisionsrecht, in: Erik Jayme/Dieter Schwab/Peter Gottwald (Hrsg.), Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, 2000, S. 393.

soll die Rechtsanwendung erleichtern, in dem sie praktikable und vorhersehbare Anknüpfungen gewährleistet.¹⁶⁸

Diese Argumente streiten gerade auch bei einer Kodifikation des europäischen IPR dafür, sich regelmäßig für eine Sachnormverweisung zu entscheiden. Problematisch ist freilich, dass das europäische IPR nicht nur auf das Recht von Mitglied-, sondern ebenso auf das von Drittstaaten verweist.¹⁶⁹ Aber selbst das vermag ein Abgehen von einer Sachnormverweisung und die Beachtung eines fremden Renvoi nicht zu begründen. Denn das Argument des Heimwärtsstrebens war schon immer recht schwach,¹⁷⁰ und internationaler Entscheidungseinklang lässt sich ohnehin nur erreichen, wenn auch die andere Seite den Renvoi ablehnt. Es wirkt außerdem sehr merkwürdig, wenn man in einem Gesetzgebungsverfahren viel Zeit und Mühe darauf verwendet, um Einigkeit zwischen den EU-Mitgliedstaaten über die maßgeblichen Anknüpfungspunkte zu erzielen, die in der gefundenen Regelung zum Ausdruck kommenden Wertungen dann aber ohne weiteres durch drittstaatliche Rück- oder Weiterverweisungen durchkreuzen lässt. Man sollte daher, wie *Mäsch* dies einmal formuliert hat, den Renvoi „in die Mottenkiste der nur noch rechtsgeschichtlich interessanten Verirrungen verbannen“¹⁷¹ und im europäischen

¹⁶⁸ *Bernd von Hoffmann/Karsten Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., 2007, § 6 Rn. 107.

¹⁶⁹ Vgl. oben IV. 1.

¹⁷⁰ *Christian von Bar/Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl., 2003, § 7 Rn. 238.

¹⁷¹ *Gerald Mäsch*, Der Renvoi – Plädoyer für die Begrenzung einer überflüssigen Rechtsfigur, *RabelsZ* 61 (1997), 285 (307).

IPR der Sachnormverweisung - jedenfalls grundsätzlich - den Vorzug geben. Weniger mutig, aber immer noch besser als eine umfängliche Gesamtverweisung ist der Vorschlag, sich wenigstens im Verhältnis zu EG/EWR-Staaten auf eine Sachnormverweisung zu beschränken.¹⁷²

Die derzeit vorliegenden Vorschläge für familienrechtliche Anknüpfungen tendieren zu einem Ausschluss des Renvoi. Gem. Art. 12 des Haager Protokolls von 2007, auf das Art. 15 EGUnterhaltsVO verweist, bedeutet „der Begriff «Recht» im Sinne dieses Protokolls ... das in einem Staat geltende Recht mit Ausnahme des Kollisionsrechts“. Ausgesprochen werden soll also eine reine Sachnormverweisung. Ähnlich formuliert ist Art. 20d des Vorschlags für eine EG-Verordnung zum IPR der Scheidung.¹⁷³ Im Grünbuch zum IPR des Güterrechts wird der Renvoi nicht thematisiert, während sich das Europäische Parlament in Beantwortung einer Frage nach dem Renvoi im Grünbuch Erb- und Testamentsrecht für einen differenzierten Renvoi bei einem Verweis auf drittstaatliches Recht ausspricht.¹⁷⁴

¹⁷² So *Hans Jürgen Sonnenberger*, Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), *Die richtige Ordnung*. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 227 (238), unter Verweis auf Art. 8 des Vorschlags des Deutschen Rats für IPR für eine europäische Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts (Hans Jürgen Sonnenberger [Hrsg.], *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*. Vorgelegt im Auftrag der zweiten Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, Spezialkommission Internationales Gesellschaftsrecht, 2007.

¹⁷³ KOM (2006) 399 endg., S. 17: „Unter dem nach dieser Verordnung anwendbaren Recht eines Staates sind die Rechtsnormen dieses Staates unter Ausschluss derjenigen des Internationalen Privatrechts zu verstehen.“

¹⁷⁴ Vgl. den Bericht mit Empfehlungen an die Kommission zum Erb- und Testamentrecht vom 16.10.2006 (A6-0359/2006): „Das Europäische Parlament ist insbesondere der Meinung: - dass der künftige Rechtsakt zur Abstimmung der gemeinschaftlichen Kollisionsregelung für

3. Mehrrechtsstaaten

Das Plädoyer für einen grundsätzlichen Übergang zu Sachnormverweisungen sagt freilich noch nichts darüber aus, ob das europäische IPR nicht nur nationales IPR, sondern auch interlokales Kollisionsrecht umfassend ausschalten sollte. Nach beiden Rom-Verordnungen gilt bei Mehrrechtsstaaten - wie etwa den USA, Kanada, Großbritannien, Australien, Mexiko oder Spanien - jede Gebietseinheit als Staat.¹⁷⁵ Jede Gebietseinheit wird damit rechtlich verselbstständigt. Das interlokale Recht des Gesamtstaates muss nicht mehr befragt werden.¹⁷⁶ Führt etwa ein Delikt zu einem Schadenseintritt in einem Gebietsteil mit eigenem Deliktsrecht, findet dieses Anwendung. Und schließt ein deutsches Unternehmen einen ASP-Vertrag

Erbfälle mit denen der Drittstaaten eine geeignete Regelung für die Rückverweisung vorsehen und festlegen muss, dass, falls das für den Erbfall geltende Recht das Recht eines Drittstaates ist und die Kollisionsnormen jenes Staates das Recht eines Mitgliedstaates bestimmen oder das Recht eines anderen Drittstaates, der gemäß dem internationalen Privatrecht sein Recht auf den spezifischen Fall anwenden könnte, das Recht jenes anderen Mitgliedstaates bzw. gegebenenfalls das Recht jenes anderen Drittstaates Anwendung finden sollte.“ Vgl. dazu auch *Christian Heinze*, Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 105 (118 f.)

¹⁷⁵ Vgl. Art. 22 Abs. 1 Rom I-VO und Art. 25 Abs. 1 Rom II-VO.

¹⁷⁶ Jedenfalls nicht bei grenzüberschreitenden Fällen. Bei innerstaatlichen Kollisionen (z.B. bei einem Autounfall eines Engländers und eines Schotten in Edinburgh) bleibt es gem. 22 Abs. 2 Rom I-VO und Art. 25 Abs. 2 Rom II-VO den betroffenen Mitgliedstaaten überlassen, ob sie die beiden Rom-Verordnungen oder ihr autonomes interlokales Kollisionsrecht zur Bestimmung des anwendbaren Rechts heranziehen. Vgl. dazu auch *Christian Heinze*, Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 105 (119 f.); *Hans Jürgen Sonnenberger*, Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 227 (239).

mit einem im Silicon Valley ansässigen Anbieter ab, findet mangels Rechtswahl kalifornisches Recht Anwendung.¹⁷⁷

Die staatsvertragliche Praxis der Behandlung von Mehrrechtsstaaten ist unterschiedlich. Einerseits können die Rom-Verordnungen durchaus auf staatsvertragliche Vorbilder verweisen, wie z.B. Art. 19 Abs. 1 EVÜ. Andererseits bestimmt Art. 16 des Haager Unterhaltsübereinkommens,¹⁷⁸ dass bei einer Rechtsspaltung die Rechtsordnung anzuwenden ist, die durch die in diesem Staat geltenden Vorschriften bestimmt wird. Ähnlich verfahren das Haager Abkommen über den Minderjährigenschutz¹⁷⁹ und über die Testamentsform.¹⁸⁰ Und auch im (künftigen) europäischen IPR finden sich durchaus Normen, die das interlokale Kollisionsrecht des Staates, auf dessen Recht verwiesen wird, für maßgeblich erklären.¹⁸¹ Wie also ist zu entscheiden?

M. E. sollte das europäische IPR jedenfalls dann, wenn seine Kollisionsnormen an einen Ort anknüpfen - also z.B. den gewöhnlichen Aufenthalt, den Abschluss-, Schadens- oder Bele-

¹⁷⁷ Als problematisch können sich Fälle erweisen, in denen das Recht eines Gesamtstaates gewählt wurde, dessen Schuldvertragsrecht aber durch die Einzelstaaten geregelt ist (z.B. Wahl „amerikanischen Rechts“¹⁷⁷), vgl. dazu m. w. Nachw. *Stefan Leible*, in: Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Gerhard Ring (Hrsg.), *Anwaltkommentar BGB*, Bd. 1, 2005, Art. 35 EGBGB Rn. 7 f.

¹⁷⁸ Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973, BGBl. 1986 II, S. 837.

¹⁷⁹ Vgl. Art. 14 des Haager Übereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961, BGBl. 1971 II, S. 217.

¹⁸⁰ Vgl. Art. 1 II des Haager Übereinkommens über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5. Oktober 1961, BGBl. 1965 II, S. 1145.

¹⁸¹ Vgl. Art. 15 EGUnterhaltsVO iVm Art. 16 Abs. 2 lit. a Haager Protokoll von 2007: „Sind in diesem Staat Vorschriften in Kraft, die das Recht einer bestimmten Gebietseinheit für anwendbar

genheitsort - direkt auf das Teilrecht der betroffenen Rechtsordnung durchgreifen, seine Anknüpfungsentscheidung also in dieses hinein verlängern.¹⁸² Begründen kann man dies damit, dass in solchen Fällen die Kollisionsnorm in Wirklichkeit nicht auf das Recht des *Staates*, in dem der Ort liegt, sondern auf das in dem *Gebiet*, in dem der Ort liegt, geltende Recht verweist.¹⁸³

Eine solche Verweisung versagt freilich, wenn das IPR an die Staatsangehörigkeit anknüpft. Und sie führt auch bei einer personalen Rechtsspaltung nicht weiter, also dann, wenn in einem Staat für verschiedene Personengruppen unterschiedliches Recht gilt, etwa religiöses oder stammesgebundenes Familien- oder Erbrecht.¹⁸⁴ Benötigt wird daher auf jeden Fall eine ergänzende Regelung, und zwar angesichts personaler Rechtsspaltungen selbst dann, wenn sich das künftige europäische Internationale Familien- und Erbrecht nicht für eine Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, sondern den gewöhnlichen Aufenthalt entscheiden sollte, wofür einiges spricht.¹⁸⁵

erklären, so ist das Recht dieser Einheit anzuwenden“. Erst wenn es an derartigen Normen fehlt, kommt es gem. Art. 16 Abs. 2 lit.b zu einem direkten Verweis nach Maßgabe von Abs. 1.

¹⁸² *Stefan Leible*, Der Beitrag der Rom II-Verordnung zu einer Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts, in: Gerte Reichelt (Hrsg.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR – Ein Beitrag zur Kodifikation der Allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts*, 2007, S. 31 (52). Ähnlich der Bericht mit Empfehlungen an die Kommission zum Erb- und Testamentrecht vom 16.10.2006 (A6-0359/2006), S. 8: „Das Europäische Parlament ist insbesondere der Meinung ..., dass jede Bezugnahme auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort in jenem Staat als Bezugnahme auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort in einer Gebietseinheit gewertet wird“.

¹⁸³ *Gerhard Kegel/Klaus Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl., 2004, § 11 II (S. 418).

¹⁸⁴ Zum Begriff vgl. *Jan Kropholler*, *Internationales Privatrecht*, 8. Aufl., 2006, § 30 I (S. 206 ff.).

¹⁸⁵ Vgl. auch den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich, KOM (2006) 399 endg., S. 17:

Wie dem auch sei – in beiden Fällen, d.h. sowohl bei Anknüpfungen an die Staatsangehörigkeit als auch bei personalen Rechtsspaltungen, sollte das europäische IPR ausnahmsweise nicht durchentscheiden, sondern die Rechtsordnung anwenden, die durch die in diesem Staat geltenden Vorschriften bestimmt wird. Für personale Rechtsspaltungen vorbildlich ist insoweit Art. 17 Haager Protokoll von 2007. Danach ist immer dann, wenn ein Staat für in diesem Protokoll geregelte Angelegenheiten zwei oder mehr Rechtssysteme oder Regelwerke hat, die für verschiedene Personengruppen gelten, „zur Bestimmung des nach dem Protokoll anzuwendenden Rechts jede Bezugnahme auf das Recht des betreffenden Staates als Bezugnahme auf das Rechtssystem zu verstehen, das durch die in diesem Staat in Kraft befindlichen Vorschriften bestimmt wird“. Lediglich beim Fehlen interlokalen oder interpersonellen Kollisionsrechts des Gesamtstaates sollte das europäische IPR in eigener Verantwortung für eine Anknüpfung an das Recht des Teilstaates (oder der Religionsgruppe) entscheiden, zu dem die engste Beziehung besteht.¹⁸⁶

Art. 20b beruft primär das Recht des Staates, (a) in dem die Ehegatten ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben, oder ersatzweise (b) in dem die Ehegatten ihren letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Vgl. weiterhin den Bericht mit Empfehlungen an die Kommission zum Erb- und Testamentrecht vom 16.10.2006 (A6-0359/2006), S. 6: „Aus diesen Gründen ist das Europäische Parlament geneigt, den Ort des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Beklagten zum Zeitpunkt seines Todes als Kriterium für die Festlegung sowohl der gerichtlichen Zuständigkeit als auch des Anknüpfungspunkts vorzuziehen.“

¹⁸⁶ Zustimmend *Christian Heinze*, Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 105 (121). Ähnlich auch der Bericht mit Empfehlungen an die Kommission zum Erb- und Testamentrecht vom 16.10.2006 (A6-0359/2006), S. 8: „Das Europäische Parlament ist insbesondere der Meinung ..., dass jede Bezugnahme auf die Staatsangehörigkeit als Bezugnahme auf die durch die Rechtsvorschriften jenes Staates bezeichnete Gebietseinheit gewertet wird; dass in Ermangelung solcher

4. Eingriffsnormen

Beide Verordnungen enthalten eine Sonderregelung für so genannte Eingriffsnormen.¹⁸⁷ Diese in der Praxis immer häufiger und wichtiger werdenden Vorschriften erodieren das fein abgestufte Anknüpfungssystem beider Regelwerke, weil sie das nach diesen ermittelte anwendbare Recht verdrängen. Auf sie wird freilich auch in einem Allgemeinen Teil eines europäischen IPR nicht verzichtet werden können, da die Nationalstaaten erfahrungsgemäß nicht bereit sind, die Beachtung von ihnen als besonders wichtig eingestufte Normen ihrer Rechtsordnung trotz der Anwendbarkeit fremden Rechts hintan stehen zu lassen, sofern ein hinreichender Inlandsbezug gegeben ist. Umstritten ist freilich seit jeher, was überhaupt unter einer Eingriffsnorm zu verstehen ist und ob auch Eingriffsnormen ausländischer Staaten vom Richter bei seiner Entscheidung zu beachten sind.¹⁸⁸ Die beiden Rom-Verordnungen bringen Licht ins Dunkel, beantworten aber längst nicht alle Fragen.

a) Der Begriff der Eingriffsnorm

Art. 16 Rom II-VO beschreibt Eingriffsnormen als „Vorschriften, die ohne Rücksicht auf das für das außervertragliche Schuldverhältnis maßgebende Recht den Sachverhalt zwin-

Rechtsvorschriften die Bezugnahme als Bezugnahme auf das Rechtssystem gewertet wird, zu dem die betreffende Person die engste Verbindung hat.“.

¹⁸⁷ Art. 9 Rom I-VO und Art. 16 Rom II-VO. Vgl. dazu u.a. *Andrea Bonomi*, *Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement « Rome I » sur la loi applicable aux contrats*, in : *Eleanor Cashin Ritaine/Andrea Bonomi* (Hrsg.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, 2008, S. 217 ff. : *ders.*, *Overriding Mandatory Provisions in the Rome Regulation on the Law Applicable to Contracts*, *YPIIL* 10 (2008), 285.

gend regeln“. Das entspricht im Wesentlichen Art. 7 Abs. 2 EVÜ und ist wenig aussagekräftig. Denn streitig war und ist vor allem, ob es sich dabei nur um (nach deutschem Verständnis) öffentlich-rechtliche Normen handeln oder auch zivilrechtlichen Normen unter Umständen Eingriffsnormcharakter zukommen kann. Klar war lediglich, dass damit nicht alle zwingenden Normen des nationalen Rechts gemeint waren. Denn das wäre das Ende des IPR-Systems savigny'scher Prägung gewesen, hätte doch jede Verweisung auf ausländisches Recht dann nur noch materiellrechtliche Qualität gehabt. Es ist daher sehr zu begrüßen, dass Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO erstmals den Versuch einer gesetzlichen Definition des Begriffs der Eingriffsnorm unternimmt. Danach ist eine Eingriffsnorm

„eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen.“

Diese Definition orientiert sich erfreulicherweise nicht nur an der zwingenden Wirkung derartiger Normen, sondern beschreibt sie auch inhaltlich. Der dabei verwendete Verweis auf die Wahrung öffentlicher Interessen, insbesondere der politischen, sozialen und wirtschaftlichen Organisation, geht auf ei-

¹⁸⁸ Vgl. dazu m. w. Nachw. zuletzt *Elke Benzenberg*, Die Behandlung ausländischer Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht, 2008.

ne Formulierung *Savignys*¹⁸⁹ zurück, die durch *Franceskakis*¹⁹⁰ abgewandelt vom EuGH übernommen wurde.¹⁹¹ Die Definition ist im Grundsatz zu begrüßen, da sie auch dem im IPR nicht Kundigen deutlich macht, dass nicht jedwede Norm des nationalen Rechts zur Durchsetzung bestimmter Gruppeninteressen kurzerhand zur Eingriffsnorm erklärt werden kann.¹⁹² Gleichwohl ist die Definition immer noch recht weit¹⁹³ und lässt es fraglich erscheinen, ob sich Eingriffsnormen künftig tatsächlich auf gewisse fundamentale Vorschriften reduzieren lassen. Schließlich reicht es nach der von Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO gewählten Formulierung aus, dass der jeweilige Staat die Norm als entscheidend für das öffentliche Interesse ansieht. Sollte der EuGH hier nicht ähnlich wie bei der *ordre public*-Klausel Grenzen einziehen, werden sich auch künftig Eingriffsnormen nicht durch das Internationale Privatrecht, sondern nur mit Hilfe der Grundfreiheiten domestizieren lassen.¹⁹⁴ Ungeachtet dessen ist mit der Definition in Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO ein erster und wichtiger Schritt getan, der es aussichtsreich erscheinen lässt, bei der möglichen Kreation eines Allgemeinen Teils

189 *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8, 1849, S. 36.

190 *Phocion Franceskakis*, in Répertoire Dalloz de Droit international, 1968, Eintrag: Conflit de lois (principes généraux), Nr. 137; siehe ausf. *ders.*, Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, Rev. crit. DIP 55 (1966), 1.

191 *EuGH*, verb. Rs. C-369/96 und C-376/96, Arblade, Slg. 1999, I-8430, Rn. 30.

192 Ähnlich *Andrea Bonomi*, Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement « Rome I » sur la loi applicable aux contrats, in : Eleanor Cashin Ritaine/Andrea Bonomi (Hrsg.), Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles, 2008, S. 217 (225).

193 Vgl. auch – mit Beispielen – *Peter Mankowski*, Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133 (147).

des europäischen IPR eine zufriedenstellende Erläuterung des Begriffs der Eingriffsnorm zu erhalten. Auf Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO sollte jedenfalls schon jetzt nicht nur im Anwendungsbereich der Rom I-VO zurückgegriffen werden, sondern ebenso zur Bestimmung von Eingriffsnormen im Sinne der Rom II-VO.¹⁹⁵

b) Ausländische Eingriffsnormen

Gem. Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO bzw. Art. 16 Rom II-VO berühren diese Verordnungen nicht die Anwendung der Eingriffsnormen der *lex fori*. Dem Richter wird also die Beachtung „seiner“ Eingriffsnormen gestattet. Das ist wenig spektakulär und war schon zuvor *common sense*. Deutlich schwieriger war seit jeher jedoch die Frage zu beantworten, ob der Richter auch ausländische Eingriffsnormen beachten kann oder gar muss und - wenn ja - wie. Die Lehre antwortete mit zahlreichen, zum Teil sehr unterschiedlichen Theorien (Machttheorie, Schuldstatutstheorie, materiellrechtliche Berücksichtigung, kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung, Kombinationstheorie usw.).¹⁹⁶ Die Rechtsprechung behalf sich meist mit einer Berücksichtigung ausländischen Eingriffsrechts bei der Anwen-

¹⁹⁴ Zu den Unterschieden vgl. *Karsten Thorn*, Eingriffsnormen, in: Franco Ferrari/Stefan Leible (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, 2007, S. 129 (136 f.).

¹⁹⁵ Ebenso *Jan von Hein*, *Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung*, ZEuP 2009, 6 (24).

¹⁹⁶ Kurzer Überblick bei *Stefan Leible*, *Außenhandel und Rechtssicherheit*, ZVglRWiss 97 (1998), 286 (297 ff.); vgl. außerdem z.B. *Robert Freitag*, in: Christoph Reithmann/Dieter Martiny (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht*, 6. Aufl., 2004, Rn. 470 ff.; *ders.*, *Einfach und international zwingende Normen – Anmerkungen zu einem restatement des Art. 7 EVÜ in einem künftigen „Gemeinschaftsinstrument über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht“*, in: Stefan Leible (Hrsg.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht. Beiträge zur Fort-*

derung des (inländischen) materiellen Rechts, so etwa in Deutschland¹⁹⁷ und – wenngleich mit anderen Akzenten – in England.¹⁹⁸ Art. 7 Abs. 1 EVÜ trug zur Lösung des Problems wenig bei. Zwar gestattete die Vorschrift, bei Anwendung des Rechts eines bestimmten Staates den Eingriffsnormen eines anderen Staates, mit dem der Sachverhalt eine enge Verbindung aufweist, Wirkung zu verleihen, doch eröffnete Art. 22 Abs. 1 lit. a EVÜ den Vertragsstaaten die Möglichkeit, einen Vorbehalt gegen Art. 7 Abs. 1 EVÜ einzulegen. Und von dieser Möglichkeit machten zahlreiche Staaten Gebrauch (Deutschland, Irland, Lettland, Luxemburg, Portugal, Slowenien, Vereinigtes Königreich).

Angesichts der darin zum Ausdruck kommenden Skepsis vieler Staaten gegenüber einer gesetzlichen Regelung der Behandlung ausländischer Eingriffsnormen und der im Verfahren zum Erlass der Rom II-VO gemachten Erfahrungen¹⁹⁹ verwunderte es, dass die Kommission in ihren Vorschlag für eine Rom I-VO diesen Komplex überhaupt kodifizieren wollte.²⁰⁰ Es war daher

entwicklung des Europäischen Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse, 2004, S. 167 (181 ff.).

¹⁹⁷ Vgl. z.B. BGHZ 59, 82; 69, 295; 94, 268. Vgl. außerdem *Mathias Kuckein*, Die „Berücksichtigung“ von Eingriffsnormen im deutschen und englischen Vertragsrecht, 2008, S. 72 ff.

¹⁹⁸ Vgl. *Ralli Bros. v. Compañía Naviera Sota y Aznar* (1920) K. B. 287 (C.A.). Vgl. außerdem *Mathias Kuckein*, Die „Berücksichtigung“ von Eingriffsnormen im deutschen und englischen Vertragsrecht, 2008, S. 195 ff.

¹⁹⁹ Art. 12 Abs. 1 des Verordnungsentwurfs der Kommission (KOM [2003] 427 endg., S. 40) sah in Anlehnung an die Formulierung des Art. 7 Abs. 1 EVÜ die Möglichkeit vor, den Eingriffsnormen anderer Staaten Wirkung zu verleihen, vgl. dazu *Stefan Leible/Andreas Engel*, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung. Auf dem Weg zu einheitlichen Anknüpfungsregeln für außervertragliche Schuldverhältnisse in Europa, *EuZW* 2004, 7 (16). Die Vorschrift ist dann im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens entfallen.

²⁰⁰ Art. 8 Abs. 3 des Kommissionsvorschlags (KOM [2005] 650 endg., S. 19) lautete: „Weist der Sachverhalt eine enge Verbindung zu einem anderen Staat auf, kann den Eingriffsnormen dieses

auch nicht erstaunlich, dass der ursprüngliche Kommissionsvorschlag sicherlich zu den am meisten kontrovers diskutierten Punkten im Gesetzgebungsverfahren gehörte. Insbesondere die Londoner City leistete erheblichen Widerstand und war dank der Unterstützung der britischen Regierung letztlich auch erfolgreich.²⁰¹ Zwar gestattet Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO den Gerichten immer noch, den Eingriffsnormen anderer Staaten Wirkung zu verleihen, doch gilt dies - anders als nach Art. 7 Abs. 1 EVÜ - nicht für die Normen eines beliebigen Staats, sondern nur desjenigen,

„in dem die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen erfüllt werden sollen oder erfüllt worden sind“. Auch darf nicht allen Eingriffsnormen dieses Staates Wirkung verliehen werden, sondern nur solchen, die „die Erfüllung des Vertrags unrechtmäßig werden lassen“.

Die Norm ist deutlich erkennbar das Ergebnis eines Kompromisses, für manche sogar „ein Rückschritt gleichsam in die Steinzeit des IPR“.²⁰² Das in langwierigen Verhandlungen gefundene Resultat ähnelt einer Synthese der alten Theorien von

Staates ebenfalls Wirkung verliehen werden. Bei der Entscheidung, ob diesen Normen Wirkung zu verleihen ist, berücksichtigt das Gericht Art und Zweck dieser Normen nach Maßgabe der Begriffsbestimmung in Absatz 1 sowie die Folgen, die sich aus ihrer Anwendung oder Nichtanwendung für das mit der betreffenden Eingriffsnorm verfolgte Ziel sowie für die Parteien ergeben würden.“ Vgl. dazu auch *Andrew Dickinson*, Third-Country Mandatory rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu?, JPIL 3 (2007), 53.

²⁰¹ Näher zur Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO *Robert Freitag*, Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO, IPRax 2009, 109 (110 f.).

²⁰² *Peter Mankowski*, Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133 (148).

Wengler und *Zweigert*.²⁰³ Ersterer befürwortete eine Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen, während letzterer sie nur auf materiellrechtlicher Ebene als Erfüllungshindernisse beachten wollte. Nach der Rom I-VO werden drittstaatliche Eingriffsnormen sonderangeknüpft, aber nur, wenn sie der Rechtsordnung des Erfüllungsstaates entstammen. Dies führt zweifelsohne zu einem Gewinn an Rechtssicherheit, müssen doch die Parteien nun nicht mehr mit der Anwendung von Eingriffsnormen eines x-beliebigen Staates rechnen, zu dem der Sachverhalt nach Ansicht des Gerichts eine enge Verbindung aufweist und der die Beachtung seines Rechts verlangt. Sie können sich auf die Eingriffsnormen des Erfüllungsstaates konzentrieren.

Damit beginnen freilich auch die Probleme. Denn nicht geklärt ist weiterhin, ob daneben auch die Eingriffsnormen des Schuldstatuts anzuwenden sind, weil diese evtl. bereits von der Verweisung auf fremdes Recht erfasst werden.²⁰⁴ Unbefriedigend ist der gefundene Kompromiss weiterhin deshalb, weil der Erfüllungsort nicht einfach zu bestimmen ist, wie die Praxis zu Art. 5 Nr. 1 Brüssel I-VO zeigt.²⁰⁵ Diese hat auch gelehrt, dass der Erfüllungsort mangels besonderer Anweisung für jede Verpflichtung getrennt ermittelt werden muss. Da-

²⁰³ *Wilhelm Wengler*, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, *ZVglRWiss* 54 (1941), 168; *Konrad Zweigert*, Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, *RabelsZ* 14 (1942), 283.

²⁰⁴ Vgl. zum Streitstand *Peter Mankowski*, Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung, *IPRax* 2006, 101 (110); *Thorn*, Eingriffsnormen, in: Franco Ferrari/Stefan Leible (Hrsg.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa, 2007, S. 129 (145 f.).

²⁰⁵ Siehe zuletzt *EuGH*, Rs. C-386/05, *Color Drack/Lexx International*, Slg. 2007, I-3699 = *EuZW* 2007, 370 m. Anm. *Stefan Leible/Christian Reinert*, sowie das Vorabentscheidungsersuchen des BGH, *RIW* 2008, 713. weitere Nachw. bei *Stefan Leible*, in: Thomas Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 2006, Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 51 ff.

durch kommt es zu einer Vervielfältigung der anwendbaren Eingriffsnormen.²⁰⁶ Derlei Probleme im Zusammenhang mit dem Erfüllungsortbegriff gibt es viele.²⁰⁷

Zu fragen ist außerdem, ob sich allein mit der Anwendung der Eingriffsnormen des Erfüllungsorts den berechtigten politischen, wirtschaftlichen und sozialen Belangen dritter Staaten angemessen Rechnung tragen lässt.²⁰⁸ Das führt zur weiteren Frage, ob die Regelung des Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO insoweit abschließend ist, also eine Sperrwirkung gegenüber anderer forumsfremden Eingriffsnormen als denen des Erfüllungstaates entfaltet²⁰⁹ – eine Frage, die sich im Übrigen auch bei der Rom II-VO stellt.²¹⁰

²⁰⁶ Vgl. *Peter Mankowski*, Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133 (148).

²⁰⁷ Vgl. auch die Überlegungen zum Erfüllungsort iSv Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO bei *Robert Freitag*, Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO, IPRax 2009, 109 (113 f.).

²⁰⁸ Vgl. dazu das Beispiel bei *Stefan Leible/Matthias Lehmann*, Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), RIW 2008, 528 (543).

²⁰⁹ Für eine solche Sperrwirkung *Robert Freitag*, Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO, IPRax 2009, 109 (115); *Peter Mankowski*, Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133 (148); *Ole Lando/Peter Arnt Nielsen*, Rom I-Verordnungen. (Forfatterne redegør for Rom-forordningen der skal erstatte Rom-traktaten.), UfR 2008, B 234 (241).

²¹⁰ Für eine Sperrwirkung u.a. *Helmut Ofner*, Die Rom II-Verordnung - Neues Internationales Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse in der Europäischen Union, ZfRV 2008, 13 (23); *Ansgar Staudinger*, Rechtvereinheitlichung innerhalb Europas: Rom I und Rom II, AnwBl. 2008, 8 (12); *Gerhard Wagner*, Die neue Rom II-Verordnung, IPRax 2008, 1 (15); a.A. *Jan von Hein*, Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung, ZEuP 2009, 6 (24); *Helmut Heiss/Leander D. Loacker*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse, JBl. 2007, 613 (644); *Stefan Leible/Matthias Lehmann*, Die Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), RIW 2007, 721 (726); *Gisela Rühl*, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, in: Dietmar Baetge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 187 (206 ff.).

5. Ordre public

a) Notwendigkeit einer ordre public-Klausel

Im europäischen Zivilverfahrensrecht befindet sich der ordre public auf dem Rückzug. Die Europäische Vollstreckungstitel-VO²¹¹, die Europäische MahnVO²¹² und die VO über das europäische Verfahren für geringfügige Forderungen²¹³ verzichten bereits völlig auf eine ordre public-Kontrolle. Und langfristiges Ziel der Gemeinschaft ist es, auch in anderen zivilrechtlichen Bereichen nicht nur das Exequaturverfahren abzuschaffen, sondern mit ihm zugleich jegliche Möglichkeit einer ordre public-Kontrolle im Anerkennungsstaat zu beseitigen. Auf den ersten Blick erstaunt es daher, dass sich in den beiden Rom-Verordnungen eine ordre public-Klausel²¹⁴ findet und auch im IPR des Unterhaltsrechts an einer ordre public-Kontrolle festgehalten werden soll.²¹⁵ Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Entscheidung jedoch als richtig. Sie ist zu begrüßen. Denn zum einen stößt schon der Verzicht auf den ordre public-Vorbehalt im europäischen Zivilverfahrensrecht auf berechnete

²¹¹ Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4. 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABl. EU 2004 L 143/15.

²¹² Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12. 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. EU 2006 L 399/1.; vgl. dazu m. w. Nachw. *Robert Freitag/Stefan Leible*, Erleichterung der grenzüberschreitenden Forderungsbeitreibung in Europa: Das Europäische Mahnverfahren, BB 2008, 2750.

²¹³ Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABl. EU 2007 L 199/1; vgl. dazu m. w. Nachw. *Robert Freitag/Stefan Leible*, Erleichterung der grenzüberschreitenden Forderungsbeitreibung in Europa: Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen, BB 2009, 1.

²¹⁴ Art. 21 Rom I-VO und Art. 26 Rom II-VO.

²¹⁵ Vgl. Art. 15 EGUnterhaltsVO iVm Art. 13 Haager Protokoll von 2007.

Kritik.²¹⁶ Und zum anderen ist zu bedenken, dass das europäische Kollisionsrecht „universelle Anwendung“ fordert²¹⁷ und daher auch drittstaatliches Recht zur Anwendung berufen kann, „dem man nicht schlechthin einen Vertrauensvorschuss einräumen kann“.²¹⁸

Fraglich ist freilich auch, ob man nicht wenigstens dem Recht der Mitgliedstaaten einen derartigen Vertrauensvorschuss einräumen sollte. Der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments plädierte etwa dafür, den Vorbehalt des *ordre public* immer dann, wenn das von der Rom II-VO als anwendbar bestimmte Recht das Recht eines Mitgliedstaats ist, nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag zu berücksichtigen.²¹⁹

Und Art. 20 des Entwurfs für eine EG-UnterhaltsVO enthielt zwar eine *ordre public*-Klausel, erklärte sie aber für nicht anwendbar, wenn das Recht eines Mitgliedstaates zur Anwendung gelangt.²²⁰ Indes ist auch derartigen Vorstellungen eine

²¹⁶ Vgl. exemplarisch etwa *Robert Freitag*, Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser - positive Kompetenzkonflikte im europäischen Zuständigkeits- und Anerkennungsrecht *de lege lata* und *de lege ferenda*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004, 2005, S. 399 ff.; *Stefan Leible*, Die Angleichung der nationalen Zivilprozessrechte. Vom „Binnenmarktprozess“ zu einer europäischen ZPO?, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2005, S. 55 (64 f.). Zum Streitstand m. w. Nachw. *Stefan Leible*, in: Thomas Rauscher, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 2006, Art. 34 Brüssel I-VO Rn. 4.

²¹⁷ Vgl. oben IV. 1.

²¹⁸ *Jan von Hein*, Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung, ZEuP 2009, 6 (23).

²¹⁹ Bericht des Rechtsausschusses vom 27.6.2005 über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („ Rom II “), A6-0211/2005, S. 39.

²²⁰ Vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit und das anwendbare Recht in Unterhaltssachen, die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen und die Zusammenarbeit im Bereich der Unterhaltspflichten, KOM (2005) 649 endg., S. 22: „Artikel 20 - *Ordre public*

Eine Bestimmung des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts ist nur dann nicht anwendbar, wenn diese Anwendung mit wesentlichen Grundsätzen des am Gerichtsstand maßgeblichen

Absage zu erteilen. Solange die mitgliedstaatlichen Zivilrechte nicht vollständig harmonisiert oder gar vereinheitlicht sind, was hoffentlich weder in naher noch in ferner Zukunft der Fall sein wird, behält die *ordre public*-Klausel auch im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten ihre Berechtigung. Nun mag man einwenden, dass dem *ordre public*-Vorbehalt im Schuldrecht ohnehin eine nur geringe Bedeutung zukommt,²²¹ doch ist er selbst dort gleichwohl noch nicht bedeutungslos. Zu bedenken ist außerdem, dass sich das europäische Kollisionsrecht nach den Vorstellungen der Gemeinschaft nicht auf das Schuldrecht beschränken, sondern umfassend ausgestaltet und insbesondere auch Anknüpfungsregeln für das Familien- und Erbrecht enthalten soll. Gerade in diesen Bereichen sind ungeachtet von „Principles of European Family Law“²²² und anderer wissenschaftlichen Initiativen²²³ die Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Regelungen und den ihnen zugrundeliegenden

Rechts offensichtlich unvereinbar wäre. Die Anwendung einer Bestimmung des Rechts eines Mitgliedstaates kann hingegen nicht mit dieser Begründung versagt werden.“ Kritisch dazu *Mathias Beyer*, Handlungsfelder der deutschen EU-Ratspräsidentschaft im Familienrecht - Die europäischen Verordnungsvorschläge zum internationalen Scheidungs- und Unterhaltsrecht, *FF* 2007, 20 (26); *Rolf Wagner*, Der Wettstreit um neue kollisionsrechtliche Vorschriften im Unterhaltsrecht, *FamRZ* 2006, 979 (986).

²²¹ Vgl. *Stefan Leible*, in: in: Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Gerhard Ring (Hrsg.), *Anwaltkommentar BGB*, Bd. 1, 2005, Art. 27 EGBGB Rn. 13 ff.

²²² Vgl. etwa *Katharina Boele-Woelki/Frédérique Ferrand/Cristina González Beilfuss/Maarit Jänterä-Jareborg/Nigel Lowe/Dieter Martiny/Walter Pintens* (Hrsg.), *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, 2004, und dazu *Katharina Boele-Woelki*, *The principles of European family law: its aims and prospects*, *Utrecht L. Rev.* 1 (2005), 160; *dies./Dieter Martiny*, *Prinzipien zum Europäischen Familienrecht betreffend Ehescheidung und nachehelicher Unterhalt*, *ZEuP* 2006, 6.

²²³ Vgl. z.B. *Ingeborg Schwenzer*, *Model Family Code: From a Global Perspective*, 2006, und dazu *dies.*, *Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, *RabelsZ* 71 (2007), 705.

Sitten- und Moralvorstellungen teilweise noch beachtlich.²²⁴ Das führt z.B. nicht nur zu erheblichen Divergenzen des „familienrechtlichen ordre public“²²⁵ der Mitgliedstaaten, sondern macht das Vorhandensein einer ordre public-Klausel an sich zu einer unabdingbaren Voraussetzung für einen Erfolg der laufenden und geplanten Gesetzgebungsverfahren zur Schaffung eines europäischen IPR auch des Familien- und Erbrechts.

b) Nationaler oder europäischer ordre public?

Was zur öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts zählt, richtet sich nach nationalem Recht und nicht nach Gemeinschaftsrecht. Der Rechtsausschuss hatte im Gesetzgebungsverfahren zur Rom II-VO eine deutlich europäischer geprägte Formulierung der ordre public-Klausel gefordert. Danach sollte die Anwendung einer Norm des nach der Rom II-VO bezeichneten Rechts insbesondere dann versagt und/oder die lex fori angewandt werden,

„wenn diese Anwendung zu einem Verstoß gegen Grundrechte und -freiheiten führen würde, wie sie in der Europäischen

²²⁴ Rechtsvergleichend etwa *Nina Dethloff*, Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts, AcP 204 (2004), 544; *dies.*, Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität. Perspektiven für die Forschung, ZEuP 2007, 992; *Walter Pintens*, Materielles Familienrecht in Europa – Rechtseinheit oder –vielfalt?, in: Robert Freitag/Stefan Leible/Harald Sippel/Ulrike Wanitzek (Hrsg.), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert. Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Spellenberg, 2006, S. 137 ff.

²²⁵ Vgl. dazu *Hans Jürgen Sonnenberger*, Wandlungen und Perspektiven des familienrechtlichen ordre public, in: Robert Freitag/Stefan Leible/Harald Sippel/Ulrike Wanitzek (Hrsg.), Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert. Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Spellenberg, 2006, S. 29 ff.

Menschenrechtskonvention, im nationalen Verfassungsrecht und im internationalen humanitären Recht verankert sind.“²²⁶

Dadurch sollte klargestellt werden, „dass ansatzweise eine gemeinschaftliche öffentliche Ordnung existiert, was sich in der EMRK, der Charta der Grundrechte, nationalem Verfassungsrecht und internationalem humanitären Recht ausdrücklich niederschlägt“.²²⁷ Die Erwähnung des internationalen humanitären Rechts wurde vor allem deshalb hinzugefügt, um zu verhindern, „dass die Gerichte Rechtsvorschriften eines Landes, das nicht Mitglied der Gemeinschaft ist, anwenden müssen, was mit den europäischen Wertesystemen unvereinbar wäre“.²²⁸

Durchzusetzen vermochte sich dieser Vorschlag im weiteren Gesetzgebungsverfahren jedoch nicht. Eingewandt wurde insbesondere, dass der *ordre public* der Mitgliedstaaten zwar gemeinsame Elemente aufweise, es aber dennoch Unterschiede gebe,²²⁹ und es derzeit schwierig sei, gemeinsame Kriterien und einschlägige Referenzen für die Bestimmung des Begriffs der öffentlichen Ordnung festzulegen.²³⁰ Diese Bedenken spie-

²²⁶ Bericht des Rechtsausschusses vom 27.6.2005 über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („ Rom II “), A6-0211/2005, S. 36.

²²⁷ Bericht des Rechtsausschusses vom 27.6.2005 über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („ Rom II “), A6-0211/2005, S. 43.

²²⁸ AaO.

²²⁹ Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), KOM (2006) 83 endg., S. 5.

²³⁰ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 22/2006, vom Rat festgelegt am 25. September 2006 im Hinblick auf die Annahme der Verordnung (EG) Nr. 864/2006 des Europäischen Parlaments und

geln den Umstand wieder, dass sich ein europäischer ordre public bislang noch in einem embryonalen Stadium befindet und daher nicht als Maßstab dienen kann. Das schließt freilich eine gemeinschaftsrechtliche Prägung des nationalen ordre public nicht aus.²³¹ So gehören die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts ebenso wie die in der EMRK verbürgten Menschenrechte zum nationalen ordre public. Mittels der ordre public-Klausel kann daher auch dann von der Anwendung ausländischer Normen abgesehen werden, wenn diese offensichtlich mit tragenden Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts unvereinbar sind. Denn es ist „Sache des nationalen Gerichts, den Schutz der durch die nationale Rechtsordnung und der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte in gleicher Weise wirksam zu gewährleisten“.²³² Der nationale ordre public wird so europäisch aufgeladen²³³, letztlich aber nicht verdrängt, sondern durch einen ordre public européen ergänzt.²³⁴

des Rates vom 11.07.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („ROM II“), ABl. EU 2006 C 289E/68 (80).

- ²³¹ Vgl. *Hans Jürgen Sonnenberger*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl., 2006, Art. 6 EGBGB Rn. 68 f.
- ²³² EuGH, Rs. C-38/98, *Renault/Maxicar*, Slg. 2000, I-2973 Rn. 32. Vgl. dazu auch *Jürgen Basedow*, Die Verselbstständigung des europäischen ordre publique, in: Michael Coester/Dieter Martiny/Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe (Hrsg.), *Privatrecht in Europa. Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 291 ff., und *Dieter Martiny*, Die Zukunft des europäischen ordre public im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, in: Michael Coester/Dieter Martiny/Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe (Hrsg.), *Privatrecht in Europa. Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 523 ff.
- ²³³ Dazu ausführlich *Ionna Thoma*, *Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, 2007.
- ²³⁴ Vgl. auch *Aurelia Colombi Ciacchi*, Internationales Privatrecht, ordre public européen und europäische Grundrechte, ZERP-Diskussionspapier 1/2008, S. 6 ff.; *Gerte Reichelt*, Zur Kodifikation des Europäischen Kollisionsrechts – am Beispiel des ordre public, in: Gerte Reichelt (Hrsg.), *Eu-*

Die Maßgeblichkeit des *ordre public* „des Staates des angerufenen Gerichts“ kann letztlich zu einer ungleichen Reichweite der von den europäischen IPR-Verordnungen ausgesprochenen Verweisungen führen. Das ist angesichts der fortdauernden Unterschiedlichkeit der europäischen Zivilrechtssysteme hinzunehmen. Zudem ist der den Mitgliedstaaten zur Verfügung stehende Spielraum nicht grenzenlos. Zwar obliegt die Ausfüllung des Begriffs des „*ordre public*“ den Mitgliedstaaten, doch gehört seine Abgrenzung und vor allem die Konturierung des Begriffs der „*offensichtlichen Unvereinbarkeit*“ gleichwohl noch zur Auslegung der europäischen IPR-Verordnungen.²³⁵ Der EuGH kann folglich zwar den Inhalt der öffentlichen Ordnung der Mitgliedstaaten nicht definieren, hat aber über die Grenzen zu wachen, innerhalb derer sich die Gerichte auf die *ordre public*-Klausel stützen dürfen, um von der Anwendung des durch die europäischen IPR-Verordnungen berufenen Rechts abzusehen.²³⁶

c) Schwierigkeiten der inhaltlichen Ausgestaltung – das Beispiel des Strafschadensersatzes

Ungeachtet der fortbestehenden nationalen Prägung des *ordre public* ist im Hinblick auf die fortschreitende Vergemeinschaftung des europäischen IPR eine Diskussion über die Inhalte einer – möglicherweise vorerst ergänzenden – europäischen

ropäisches Gemeinschaftsrecht und IPR. Ein Beitrag zur Kodifikation der Allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts, 2007, S. 5 ff.

²³⁵ Vgl. zu Art. 34 Nr. 1 EuGVO EuGH, Rs C-7/98, Krombach/Bamerski, Slg. 2000, I-1935 Rn. 22; Rs C-38/98, Renault/Maxicar, Slg. 2000, I-2973 Rn. 27.

ordre public-Klausel unabdingbar. Welche Schwierigkeiten dies mit sich bringen wird, macht freilich schon die Diskussion über die Behandlung von Strafschadensersatz während des Verfahrens zum Erlass der Rom II-Verordnung deutlich. Der erste und der geänderte Vorschlag enthielten noch eine dem Art. 40 Abs. 3 Nrn. 1 und 2 EGBGB²³⁷ nachgebildete Regelung, durch die Schadensersatz mit Strafcharakter oder mit abschreckender Wirkung ausdrücklich ausgeschlossen werden sollten;²³⁸ eine über den entstandenen Schaden hinausgehende Entschädigung wurde als nicht mit der öffentlichen Ordnung der Gemeinschaft vereinbar angesehen. Der Ausschluss des Strafschadensersatzes wäre damit zum gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz geworden und hätte der Kontrolle durch den EuGH unterlegen, der sich dabei nicht auf eine Überwachung der Einhaltung der Grenzen des mitgliedstaatlichen ordre public hätte beschränken müssen.

In der endgültigen Fassung der Rom II-VO findet sich diese Klausel freilich nicht mehr. Nach einer Auffassung in der Literatur, die *punitive* und *exemplary damages* als öffentlichrechtliche Institute qualifiziert, wäre die Rom II-VO auf sie ohnehin

²³⁶ Vgl. zu Art. 34 Nr. 1 EuGVO EuGH, Rs C-7/98, Krombach/Bamerski, Slg. 2000, I-1935 Rn. 23; Rs C-38/98, Renault/Maxicar, Slg. 2000, I-2973 Rn. 28.

²³⁷ Vgl. dazu auch *Peter Hay*, Entschädigung und andere Zwecke. Zu Präventionsgedanken im deutschen Schadensersatzrecht, punitive damages und Art. 40 Abs. 3 S. 1 EGBGB, in: Gerhard Hohloch/Rainer Frank/Peter Schlechtriem (Hrsg.), Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag, 2001, S. 521 ff.

²³⁸ KOM (2003) 427 endg., Art. 24; KOM (2006) 83 endg., Art. 23 S. 2. Krit. dazu *Angelika Fuchs*, Zum Kommissionsvorschlag einer Rom II – Verordnung, GPR 2004, 100 (105).

nicht anwendbar.²³⁹ Dem Vorschlag, dies durch eine Ausnahme vom Anwendungsbereich in Art. 1 klarzustellen,²⁴⁰ ist der europäische Gesetzgeber allerdings nicht gefolgt. Die Klausel wurde mangels politischer Durchsetzbarkeit und vor allem britischen Widerstands²⁴¹ vielmehr vollständig gestrichen. Stattdessen findet sich nunmehr eine Erwähnung von Strafschadensersatz in Satz 2 des Erwägungsgrundes 32:

„Insbesondere kann die Anwendung einer Norm des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts, die zur Folge haben würde, dass ein unangemessener, über den Ausgleich des entstandenen Schadens hinausgehender Schadensersatz mit abschreckender Wirkung oder Strafschadensersatz zugesprochen werden könnte, je nach der Rechtsordnung des Mitgliedstaats des angerufenen Gerichts als mit der öffentlichen Ordnung („ordre public“) dieses Staates unvereinbar angesehen werden.“

Damit wird freilich nur eine Selbstverständlichkeit erwähnt. Denn wenn das Verbot von Strafschadensersatz kein Bestandteil des ordre public européen ist,²⁴² bleibt die Entscheidung über seine internationalprivatrechtliche Behandlung natürlich

²³⁹ Vgl. *Juliana Mörsdorf-Schulte*, Spezielle Vorbehaltsklausel im Europäischen Internationalen Deliktsrecht?, ZVglRWiss 104 (2005), 192 (248 f.).

²⁴⁰ *Juliana Mörsdorf-Schulte*, Spezielle Vorbehaltsklausel im Europäischen Internationalen Deliktsrecht?, ZVglRWiss 104 (2005), 192 (253 f.).

²⁴¹ Vgl. z.B. *Peter Stone*, Der Vorschlag für die Rom II-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, EuLF 2004, 213 (224).

²⁴² Was angesichts der Rechtsprechung des EuGH zur abschreckenden Wirkung von Schadensersatzsanktionen ohnehin zweifelhaft erscheint, zutr. *Christian Heinze*, Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts, in: Dietmar Baetge/Jan von

weiterhin in der Kompetenz der Mitgliedstaaten. Die zumindest derzeit ablehnende deutsche Haltung,²⁴³ die sich in Rechtsprechung²⁴⁴ und Gesetzgebung²⁴⁵ manifestiert, lässt sich daher auch nach Inkrafttreten der Rom II-VO durchsetzen. Ob sie angesichts der Summen, die in Deutschland mittlerweile bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen zugesprochen werden, wirklich berechtigt ist, ist eine andere und hier nicht zu beantwortende Frage.²⁴⁶ Der Streit um den Strafschadensersatz macht jedenfalls deutlich, welche Diskussionen bei einer Europäisierung einer auch für das Internationale Familien- und Erbrecht maßgeblichen *ordre public*-Klausel zu erwarten sind.

VII. Fazit in fünf Thesen

1. Beide Rom-Verordnungen sind klassischem kollisionsrechtlichen Denken verpflichtet. Sie verzichten zur Gewährleistung von Rechtssicherheit auf Generalklauseln und enthalten konkrete Anknüpfungsregeln, denen zur Sicherung der notwendigen Flexibilität Ausweichklauseln an die Seite gestellt werden.
2. Diese Anknüpfungsregeln beruhen auf dem Prinzip der engsten Verbindung. Sie gehen grundsätzlich von der Gleich-

Hein/Michael von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 105 (124).

²⁴³ Vgl. auch *Juliana Mörsdorf-Schulte*, Strafschadenersatz - eine deutsche Hassliebe?, NJW 2006, 1184.

²⁴⁴ Vgl. z.B. BGHZ 118, 312.

²⁴⁵ Vgl. Art. 40 Abs. 3 EGBGB.

²⁴⁶ Bestehende Zweifel vermögen freilich auch die Differenzierungsbemühungen von BGHZ 160, 298, nicht zu beseitigen.

wertigkeit aller Rechtsordnungen aus und wollen kollisionsrechtliche, nicht materiellrechtliche Gerechtigkeit verwirklichen. Gleichwohl sind – wenn auch noch wenige – Ansätze zu einer Materialisierung des Kollisionsrechts erkennbar.

3. Sowohl die Rom I- als auch die Rom II-VO sind als lois uniformes ausgestaltet und erkennen die Rechtswahlfreiheit als allgemeines Anknüpfungsprinzip an, lassen allerdings nur die Wahl staatlichen Rechts zu. Für mehr war die Zeit noch nicht reif. Begrenzt wird die Möglichkeit der Rechtswahl stets durch eine so genannte Binnenmarktklausel. Derartige Klauseln sind notwendiger Bestandteil des europäischen IPR. Ihre inhaltliche Ausgestaltung ist freilich verbesserungsfähig.

4. Die Rom I- und die Rom II-VO sowie die Brüssel I-VO stehen in einem Auslegungszusammenhang. Von einer Pflicht zu einer einheitlichen Auslegung ist immer dann auszugehen, wenn kein besonderer Grund für eine abweichende Behandlung besteht.

5. Die beiden Rom-Verordnungen sind Bausteine für einen allgemeinen Teil eines umfassenden europäischen Kollisionsrechts. Die meisten Grundsatzfragen stellen sich in aller Schärfe freilich erst bei der anstehenden Vergemeinschaftung des IPR der familien- und erbrechtlichen Rechtsbeziehungen. Das europäische IPR sollte auf Gesamtverweisungen verzichten und nur Sachnormverweisungen aussprechen. Differenziert zu behandeln sind hingegen interlokale und interpersonale Rechtsspaltungen. Eine klare und Rechtssicherheit schaffende Regelung ist für die Behandlung ausländischer Eingriffsnormen

erforderlich. Am Fortbestand des nationalen ordre public sollte nicht gerüttelt, dieser aber stärker als bislang europäisch überformt werden.

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT DER UNIVERSITÄT BONN

CENTER FOR EUROPEAN ECONOMIC LAW, UNIVERSITY OF BONN
CENTRE DE DROIT ECONOMIQUE EUROPEEN DE L'UNIVERSITE DE BONN

Leitung: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Holger Fleischer, Dipl.-Kfm., LL.M.
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter (Sprecher)
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Gfd. Direktor)
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn
Telefon: 0228 / 73 95 59
Telefax: 0228 / 73 70 78
E-Mail: zew@uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de

[...]

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 150 Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151 Jan M. Smits, *European Private Law*, 2006
- Nr. 152 Juliane Kokott, *Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof*, 2006
- Nr. 153 Martin Nettesheim, *Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?*, 2006
- Nr. 154 Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155 Christian Waldhoff, *Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen*, 2006; vergriffen
- Nr. 156 W. Rainer Walz, *Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind*, 2006
- Nr. 157 Theodor Baums, *Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht*, 2007
- Nr. 158 Christian Tomuschat, *Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung*, 2007
- Nr. 159 Ansgar Staudinger, *Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts*, 2007
- Nr. 160 Christian Calliess, *Die Dienstleistungsrichtlinie*, 2007
- Nr. 161 Corinna Ullrich, *Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten*, 2007
- Nr. 162 Klaus Kinkel, *Quo vadis Europa?*, 2007

- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009