

ANJA WEBER

Die Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 68



Anja Weber Die Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts

68



TENEA

Juristische Reihe
TENEA / www.jurawelt.com

Die zentrale Botschaft des Amsterdamer Vertrages war die Erhaltung und Weiterentwicklung der Union als »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts«. Eine Maßnahme zur Realisierung dieses Zieles bildete die Überführung der Zusammenarbeit in Zivilsachen von der »dritten Säule« des Vertrages von Maastricht in den Gemeinschaftsrahmen.

Die Arbeit analysiert die Folgen dieser »Vergemeinschaftung« für das internationale Privatrecht und setzt sich insbesondere mit dem Verhältnis des internationalen Privatrechts zum Binnenmarkt auseinander. Die umfassende Untersuchung der Tatbestandsmerkmale der Art. 61 lit.c i.V.m. Art. 65 EG und die Analyse des Verhältnisses dieser Normen zu anderen Kompetenzen des EG-Vertrages kommen zu dem Ergebnis, dass diese Bestimmungen die Befugnis für eine vollständige Vereinheitlichung des IPR enthalten. Bei der Nutzung dieser Kompetenz ist die Gemeinschaft jedoch sowohl in formeller Sicht, als auch bezüglich der inhaltlichen Ausgestaltung an die Vorgaben, die sich aus dem Binnenmarktbezug und dem Ziel der Realisierung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ergeben, gebunden. Der Beitrag präzisiert diese Vorgaben für ausgewählte Rechtsinstitute des internationalen Privatrechts. Es wird festgestellt, dass die Möglichkeit der Rechtswahl als Anknüpfungspunkt in idealer Weise die Anforderungen des Binnenmarktes und des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts erfüllt. Der *ordre public* muss, soweit er überhaupt noch Eingang in die Rechtsakte findet, als gemeineuropäischer *ordre public* ausgelegt werden.

Am Ende der Arbeit gibt die Verfasserin einen Ausblick auf die Änderungen, die sich in Bezug auf die Kompetenz zur Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts nach dem Inkrafttreten des Vertrages über eine Verfassung für Europa ergeben werden.

Anja Weber wurde 1974 in Berlin geboren. Sie studierte Rechtswissenschaften an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder) und der Université Franche Comté in Besançon. Das erste juristische Staatsexamen legte sie 1999 ab. Seit 2002 ist sie Referendarin in Berlin. Die Promotion erfolgte 2004.

TENEAE



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

ANJA WEBER

Die Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts

TENEA



Anja Weber:

Die Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts

(Juristische Reihe TЕНEA/www.jurawelt.com; Bd. 68)

Zugleich Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)
Dissertation 2004

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,
alterungsbeständigem Papier

© TЕНEA Verlag für Medien
Berlin 2004

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:

Polyprint GmbH · 12489 Berlin

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TЕНEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2004

ISBN 3-86504-076-4

Für Nikolas Till

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2004 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsentwicklungen konnten zum Teil bis April 2004 Berücksichtigung finden.

Herzlich danken möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Martiny für die Betreuung der Arbeit. Sein engagiertes Interesse am Entstehen der Arbeit und seine konstruktiven Anregungen haben wesentlich zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Mein Dank gilt in gleicher Weise meinem „zweiten Doktorvater“, Herrn Prof. Dr. Pechstein, der mir die Möglichkeit gab, als Wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl tätig zu sein. Er stand mir mit Rat und Tat zur Seite und ließ mir den Freiraum, die Arbeit zu beenden.

Großen Dank schulde ich Dr. Janko Büßer, Ronny Domröse und Antje Purgand. Sie haben mir durch interessante Gespräche viele Anstöße gegeben und beim Korrekturlesen viel Zeit geopfert. Den Mitarbeitern des Lehrstuhls von Prof. Dr. Pechstein, insbesondere Carola Drechsler, danke ich für die ideale Arbeitsatmosphäre und die Kollegialität.

Schließlich gilt meine Dankbarkeit meinen Eltern, meinem Bruder und meinen Großeltern. Sie haben mich während des Studiums und der Promotionszeit liebevoll unterstützt. Durch ihren Beistand haben sie meinen Werdegang möglich gemacht. Meiner Mutter danke ich auch für die umfangreiche technische Überarbeitung.

Mein besonderes Dankschön richtet sich an Sören, der mich nicht nur bei dieser Arbeit, sondern in all meinen Projekten unterstützt und bestärkt, mir immer zur Seite steht und in jeder Situation für mich da ist.

Anja Weber

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XVII
Einleitung	1
Teil 1 - Die Bedeutung des Amsterdamer Vertrages für die Zusammenarbeit in Zivilsachen	5
A. Die Entwicklung der Zusammenarbeit in Zivilsachen bis zum Amsterdamer Vertrag	5
B. Gründe und Ziele der Neuerungen	12
C. Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts	18
D. Ergebnis	48
Teil 2 - Die Stellung des internationalen Privatrechts im Binnenmarkt.....	51
A. Der Gehalt des Binnenmarktes	51
B. Die Bedeutung der Grundfreiheiten	52
C. Wettbewerbsgleichheit.....	119
D. Ergebnis	120
Teil 3 - Kompetenzen zur Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts.....	123
A. Art. 61 lit. c i.V.m. 65 EG als Kompetenznorm für ein einheitliches internationales Privatrecht	123
B. Verhältnis zu anderen Kompetenzen im EG-Vertrag	158
C. Neue, aufgrund von Art. 65 EG erlassene oder in Planung befindliche Rechtsakte.....	178
D. Das Verhältnis neuer Rechtsakte zu bestehenden Rechtsakten	204
E. Zusammenfassung.....	222
Teil 4 - Umsetzung und Ausgestaltung eines europäischen internationalen Privatrechts	223
A. Technische Umsetzung.....	223
B. Inhaltliche Umsetzung	230
C. Ergebnis	259
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	261
Ausblick.....	267

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XVII
Einleitung	1
Teil 1 - Die Bedeutung des Amsterdamer Vertrages für die Zusammenarbeit in Zivilsachen	5
A. Die Entwicklung der Zusammenarbeit in Zivilsachen bis zum Amsterdamer Vertrag	5
I. Der Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft	6
II. Intergouvernementale Zusammenarbeit in der Innen- und Justizpolitik	8
III. Der Maastrichter Vertrag	9
1. Instrumente der Zusammenarbeit	10
2. Ergebnisse der Zusammenarbeit	11
IV. Ergebnis	12
B. Gründe und Ziele der Neuerungen	12
I. Sicherstellung der Wirksamkeit der Mechanismen	13
1. Fehlen von Zielen	13
2. Ineffektivität der Instrumente der ZBJI	13
3. Fehlende Mitwirkung des Parlaments und der Kommission	14
4. Keine Sanktionsmöglichkeiten	15
5. Keine zeitliche Bestimmung	15
6. Komplizierter Finanzierungsschlüssel	15
7. Exklusive Probleme der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen	16
II. Reaktion auf neue Herausforderungen	17
III. Zusammenfassung	18
C. Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts	18
I. Entwicklung des Begriffs - Zweck der Normierung	20
1. Vorläufer	20
2. Die Regierungskonferenz	21
a. Berichte der Organe	22
b. Arbeit der Reflexionsgruppe	22
3. Regierungskonferenz	23
4. Amsterdamer Vertrag	24
5. Schlussfolgerungen	24
II. Wortlaut und Systematik	25
1. Raum	25
2. Freiheit, Sicherheit und Recht	26
a. Inhalt der einzelnen Termini	26
aa. Freiheit	26
(1) Freizügigkeit	26
(2) Freiheit der Person	27
(3) Ergebnis	28
bb. Sicherheit	28
cc. Recht	29
(1) Bekenntnis zur Rechtsstaatlichkeit	29
(a) Die EU als Rechtsstaat nach europäischem Verfassungsverständnis	29
(b) Die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit	31

(c) Ergebnis	32
(2) Gerechtigkeit	32
(3) Besserer Zugang zum Recht - Raum eines einheitlichen Rechts?	33
(4) Ergebnis	34
b. Beziehung der Inhalte zueinander	34
III. Definition des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts	36
IV. Bedeutung für die Zusammenarbeit in Zivilsachen	36
1. Zielsetzung	37
2. Instrumente	38
3. Verfahren	38
a. Maßnahmen, welche nicht familienrechtliche Aspekte betreffen	39
b. Maßnahmen, welche familienrechtliche Aspekte betreffen	39
c. Protokoll über die Rolle der einzelstaatlichen Parlamente in der Europäischen Union	41
d. Ergebnis	41
4. Sanktionsmöglichkeiten	42
5. Zeitliche Bestimmung und Finanzierung	44
6. Probleme der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen	45
7. Kritikpunkte - Opting out als neue Möglichkeit der Flexibilität	45
8. Ergebnis	48
D. Ergebnis	48
Teil 2 - Die Stellung des internationalen Privatrechts im Binnenmarkt	51
A. Der Gehalt des Binnenmarktes	51
B. Die Bedeutung der Grundfreiheiten	52
I. Die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten	52
1. Privatrechtsnormen und Eröffnung des Anwendungsbereiches der Grundfreiheiten	53
a. Der gegenständliche Anwendungsbereich	53
b. Einordnung von Privatrechtsnormen in diesen Anwendungsbereich	54
aa. Privatrecht für natürliche Personen	54
bb. Vertragsrecht	55
cc. Kaufmanns- und Gesellschaftsrecht	55
dd. Recht der außervertraglichen Schuldverhältnisse	56
ee. Sachenrecht	57
ff. Familienrecht	58
gg. Erbrecht	60
hh. Prozessrecht	61
ii. Ergebnis	61
2. Eingriff durch Privatrechtsnormen	62
a. Diskriminierungsverbot	62
aa. Inhalt und Regelung	62
bb. Kollisionsrechtlicher Gehalt	63
cc. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot	64
(1) Privatrechtliche Sachregelungen als Diskriminierungen	64
(a) Vorliegen einer Diskriminierung	64
(b) Rechtfertigung	65
(c) Ergebnis	66
(2) Einzelne Kollisionsnormen als Diskriminierungen	66
(a) Kollisionsnormen des besonderen internationalen Privatrechts	66
(aa) Einseitige Kollisionsnormen	67
(bb) Allseitige Kollisionsnormen	68

(cc) Genereller Ausschluss bei dispositiven Kollisionsnormen?	68
(dd) Rechtfertigung	69
(ee) Ergebnis	69
(b) Ordre public	69
(c) Doppelstaater	70
(d) Ergebnis	71
(3) Diskriminierung durch die Anwendung eines ausländischen Sachrechts	71
(4) Ergebnis	73
dd. Auswirkungen des Diskriminierungsverbotes im Verfahrensrecht	74
b. Allgemeines Beschränkungsverbot	75
aa. Inhalt und Regelung	76
bb. Kollisionsrechtlicher Gehalt	77
cc. Privatrechtsnormen als allgemeine Beschränkungen	78
(1) Privatrechtliche Sachregelungen als Beschränkungen	80
(a) Privatrechtssachnormen als Beschränkung der Grundfreiheiten	80
(aa) Rechtssache Koestler	80
(bb) Rechtssache Blesgen	81
(cc) Rechtssache Krantz	81
(dd) Rechtssache CMC Motorradcenter	81
(ee) Rechtssache Trummer und Mayer	81
(ff) Ergebnis	82
(b) Privatrechtsnormen als „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ i.S.d. Keck- Rechtsprechung	83
(aa) Die Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit durch die Keck- Rechtsprechung	83
(bb) Die Ausweitung der Keck-Rechtsprechung auf die anderen Grundfreiheiten	84
(cc) Die Anwendung auf Privatrechtsnormen	85
((1)) Privatrechtsnormen als produktbezogene Regelungen	85
((2)) Privatrechtsnormen als Verkaufsmodalitäten	86
((3)) Privatrechtsnormen als dritte Gruppe	86
((4)) Differenzierung zwischen den einzelnen Privatrechtsnormen	87
(c) Privatrechtsnormen und die Rechtsprechung des Gerichtshofes im Fall Cassis de Dijon - die Anwendung auf produktbezogene Normen	88
(d) Privatrechtsnormen und geschriebene Rechtfertigungsgründe	89
(e) Ergebnis	89
(2) Kollisionsnormen als allgemeine Beschränkungen	91
(3) Beschränkung durch Anwendung ausländischen Sachrechts	94
c. Stellungnahme zur Auslegung der Grundfreiheiten als Herkunftslandsprinzip, Günstigkeitsprinzip und Rechtswahlfreiheit	95
aa. Herkunftslandsprinzip	95
bb. Günstigkeitsprinzip	96
cc. Rechtswahlprinzip	97
d. Normen des internationalen Verfahrensrechts als Beschränkungen	98
e. Ergebnis	99
3. Unmittelbare Anwendung der Art. 48, 43 EG	99
a. Art. 48 Abs. 1 EG als Anwendungserfordernis der Niederlassungsfreiheit	100
b. Art. 48 Abs. 1, 43 EG als „versteckte“ Kollisionsnorm des internationalen Gesellschaftsrechts	101
aa. Aussagen der Sitz- und der Gründungstheorie	102
(1) Sitztheorie	102

(2) Gründungstheorie.....	103
(3) Weitere Ansichten.....	103
bb. Reichweite der Niederlassungsfreiheit bezüglich Gesellschaften.....	104
(1) Entscheidungen des EuGH.....	105
(a) Das Daily Mail-Urteil	105
(b) Das Centros-Urteil	106
(c) Das Überseering-Urteil	107
(d) Ergebnis	110
(2) Die Überseering-Entscheidung als Ende der Sitztheorie?	110
(a) Primäre Niederlassungsfreiheit	110
(b) Sekundäre Niederlassungsfreiheit.....	112
cc. Ergebnis	113
4. Ergebnis	114
II. Die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten durch unterschiedliche internationale Privatrechte	114
1. Fehlende Vorhersehbarkeit des Sachrechts	115
2. Unmöglichkeit der Durchsetzung der Forderungen/ sich widersprechende Urteile	116
3. Mangelnde Kenntnis fremder international-privatrechtlicher Normen	116
4. Erforderliches Maß der Einheitlichkeit	116
5. Ergebnis	118
C. Wettbewerbsgleichheit	119
D. Ergebnis	120
Teil 3 - Kompetenzen zur Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts.....	123
A. Art. 61 lit. c i.V.m. 65 EG als Kompetenznorm für ein einheitliches internationales Privatrecht.....	123
I. Untersuchung der spezifischen Voraussetzungen des Art. 65 EG.....	125
1. Systematische und historische Aspekte	125
a. Einbettung in den Titel IV	125
b. Schrittweiser Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.....	127
c. Ergebnis	127
2. Wortlaut des Art. 65 EG.....	128
a. Tatbestandsmerkmal „Erforderlichkeit für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes“	128
aa. Binnenmarktfunktionalität.....	128
(1) Beschränkung auf wirtschaftliche Materien.....	129
(2) Beschränkung auf innergemeinschaftliche Sachverhalte	131
(a) Autonome Gemeinschaftsrechtsakte mit Außenbezug	131
(aa) Regelungen im EVÜ und EuGVÜ	132
(bb) Binnenmarktbezug auch bei Drittstaatsverhalten.....	133
((1)) Einseitige Schutznormen	133
((2)) Allseitige Kollisionsnormen und internationales Zivilverfahrensrecht	134
((3)) Ergebnis	137
(b) Abschluss völkerrechtlicher Verträge und Auftreten auf internationalen Konferenzen	137
(aa) Ausdrückliche Kompetenzen.....	137
(bb) Implizite Vertragsschlusskompetenz.....	138
(cc) Ergebnis	142
bb. Erforderlichkeit	142
cc. Ergebnis	143
b. Das Tatbestandsmerkmal „grenzüberschreitende Bezüge“	143

c. Das Tatbestandsmerkmal „schließen ein“	143
d. Das Tatbestandsmerkmal „Maßnahmen“	144
aa. Verbesserung und Vereinfachung, Art. 65 lit. a EG	145
bb. Förderung, Art. 65 lit. b und c EG.....	145
(1) Begriff der Fördermaßnahmen im übrigen EG-Vertrag	146
(2) Übertragbarkeit auf Art. 65 EG	147
cc. Zwischenergebnis	149
e. Ergebnis	149
II. Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip	150
1. Subsidiaritätsprinzip	150
a. Art. 65 EG als konkurrierende Kompetenz.....	151
b. Die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips	153
aa. Transnationale Aspekte und fehlende Regelungsmöglichkeit durch Mitgliedstaaten.....	153
bb. Beeinträchtigung des EG-Vertrages mangels Tätigwerden.....	155
cc. Deutliche Vorteile gemeinschaftlichen Handelns.....	155
dd. Ergebnis.....	156
2. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	156
III. Ergebnis	158
B. Verhältnis zu anderen Kompetenzen im EG-Vertrag	158
I. Grundsätze der Lösung von Kompetenzkonflikten im EG-Vertrag.....	159
II. Konkurrenzen zwischen Art. 65 EG und anderen Kompetenzen zur IPR- Vergemeinschaftung.....	161
1. Art. 95 EG - Allgemeine Rechtsangleichung im Binnenmarkt.....	161
a. Umfang der Kompetenz	161
b. Verhältnis zu Art. 65 EG	163
2. Art. 94 EG - Rechtsangleichung im Gemeinsamen Markt	167
a. Umfang der Kompetenz	167
b. Verhältnis zu Art. 65 EG	168
3. Art. 44 EG - Koordinierung von Schutzbestimmungen zugunsten von Gesellschaften	168
a. Umfang der Kompetenz	168
b. Verhältnis zu Art. 65 EG	169
4. Art. 47 Abs. 2 EG - Koordinierung der Vorschriften über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten	170
a. Umfang der Kompetenz	170
b. Verhältnis zu Art. 65 EG	171
5. Art. 46 Abs. 2 (i.V.m. Art. 55) EG – Koordinierung der Sonderregelungen für Ausländer	171
6. Art. 153 EG - Verbraucherschutz.....	171
a. Umfang der Kompetenz	171
b. Verhältnis zu Art. 65 EG	172
7. Art. 71 I lit. a EG - Internationaler Verkehr.....	173
a. Umfang der Kompetenz	173
b. Verhältnis zu Art. 65 EG	173
8. Art. 83 Abs. 1 EG - Wettbewerbsregeln	173
9. Art. 42 EG - Soziale Sicherheit.....	174
10. Art. 137 EG - Arbeitsbedingungen	174
a. Umfang der Kompetenz	174
b. Verhältnis zu Art. 65 EG	175
11. Art. 308 EG - Vorschriften für unvorhergesehene Fälle	175

12. Art. 293 EG - Handlungsauftrag für Mitgliedstaaten	175
a. Umfang der Kompetenz.....	175
b. Verhältnis zu Art. 65 EG.....	176
13. Ergebnis	178
C. Neue, aufgrund von Art. 65 EG erlassene oder in Planung befindliche Rechtsakte	178
I. Brüssel II- VO und die Brüssel II a-VO.....	179
1. Inhalt	180
a. Brüssel II-VO.....	180
b. Brüssel IIa-VO.....	181
2. Artikel 61 lit. c i.V.m. 65 EG als Kompetenzgrundlage.....	182
a. Binnenmarktbezug.....	182
aa. Binnenmarktbezug der Regelungsgegenstände der Verordnungen	183
bb. Zuständigkeit zum Abschluss völkerrechtlicher Übereinkommen	184
(1) Brüssel II-VO	184
(2) Brüssel IIa-VO	185
b. Grenzüberschreitende Bezüge.....	185
c. Förderung der Vereinbarkeit.....	186
d. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit	187
3. Beteiligung.....	187
4. Ergebnis	187
II. Insolvenzverordnung	187
1. Inhalt	188
2. Art. 61 lit. c i.V.m. 65 EG als Kompetenzgrundlage.....	188
a. Binnenmarktbezug.....	189
aa. Binnenmarktbezug des Regelungsgegenstandes der Verordnung	189
bb. Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Übereinkommen.....	190
b. Grenzüberschreitende Bezüge.....	190
c. Förderung der Vereinbarkeit.....	191
d. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit	191
3. Beteiligung.....	192
4. Ergebnis	192
III. Verordnung zur Revision des Brüsseler Übereinkommens (EuGVVO).....	192
1. Inhalt	192
2. Art. 61 lit. c i.V.m. Art. 65 EG als Kompetenzgrundlage	193
a. Binnenmarktbezug.....	193
aa. Binnenmarktbezug des Regelungsgegenstandes der Verordnung	193
bb. Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Übereinkommen.....	194
cc. Verbrauchierzuständigkeit.....	195
b. Grenzüberschreitende Bezüge.....	195
c. Förderung der Vereinbarkeit.....	196
d. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit	196
3. Beteiligung.....	196
4. Ergebnis	197
IV. Vorarbeiten zu kollisionsrechtlichen und international-verfahrensrechtlichen Rechtsakten	197
1. Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen	198
2. Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ..	198
3. Weitere Maßnahmen auf dem Gebiet des Kollisionsrechts.....	199
V. Auf Art. 65 EG gestützte Rechtsakte und Vorschläge im Bereich des Verfahrensrechts	200
1. Zustellungsverordnung	200

2. Verordnung des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen	201
3. Entscheidung über die Einrichtung eines Europäischen Justitiellen Netzes in Zivil- und Handelssachen vom 28. Mai 2001	202
4. Prozesskostenhilfe und andere mit Zivilverfahren verbundene finanzielle Aspekte	202
5. Europäisches Mahnverfahren	203
VI. Ergebnis	203
D. Das Verhältnis neuer Rechtsakte zu bestehenden Rechtsakten	204
I. Die Rechtsakte des internationalen Privatrechts - Quellenpluralismus	204
1. Völkerrecht	205
2. Gemeinschaftsrecht	206
3. Nationales Recht	207
II. Beispiele für das Auftreten von Konflikten	208
III. Lösung der vertikalen Konflikte	209
1. Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht	210
a. Ausdrückliche Regelung in Gemeinschaftsrechtsakten	210
aa. Brüssel II - Verordnung	210
(1) Minderjährigenschutzabkommen vom 5.10.1961	210
(2) Luxemburger Übereinkommen vom 8.9.1967 über die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen	211
(3) Haager Übereinkommen vom 1.6.1970 über die Anerkennung von Eheentscheidungen sowie die Trennung von Bett und Tisch	211
(4) Europäisches Sorgerechtsübereinkommen vom 20.5.1980	212
(5) Kinderschutzabkommen vom 19.10.1996	212
(6) Haager Kindesentführungsübereinkommen	213
bb. Brüssel IIa-Verordnung	213
cc. Insolvenzverordnung	214
dd. Verordnung zur Revision des Brüsseler Übereinkommens (EuGVVO)	214
ee. EVÜ	214
ff. Ergebnis	214
b. Lösung im Falle nicht ausdrücklicher Regelung	215
2. Gemeinschaftsrecht und nationales Recht	217
3. Völkerrecht und nationales Recht	217
4. Ergebnis	218
IV. Lösung von gemeinschaftsrechtlichen horizontalen Konflikten	218
1. Konflikte zwischen Gemeinschaftsrechtsakten und nur zwischen Mitgliedstaaten geschlossenen Verträgen	218
2. Konflikte zwischen Gemeinschaftsrechtsakten	220
3. Ergebnis	221
E. Zusammenfassung	222
Teil 4 - Umsetzung und Ausgestaltung eines europäischen internationalen Privatrechts	223
A. Technische Umsetzung	223
I. Rechtsinstrument	223
1. Wirkungen von Richtlinie und Verordnung	223
2. Vereinheitlichung oder Angleichung als Ziel	224
3. Vereinheitlichung mittels Verordnung	226
II. Gesamtkodifikation oder Teilkodifikationen	227
1. Vorteile einer Gesamtkodifikation	227
2. Gründe für bisherige Teilkodifizierung	228

3. Praktische Umsetzung	229
B. Inhaltliche Umsetzung	230
I. Allgemeine Leitlinien zur Rechtsvereinheitlichung in einem einheitlichen Rechtsraum....	231
1. Übernahme oder Neubildung von Normen.....	231
2. Rechtsfortbildung	232
a. Förderung des Binnenmarktes	232
b. Realisierung des Rechtsraumes	233
aa. Gerechtigkeit im internationalen Privatrecht.....	234
bb. Rechtsstaatlichkeit - Rechtssicherheit.....	236
cc. Realisierung des Zugangs zum Recht.....	236
dd. Notwendigkeit der Abwägung	237
3. Ergebnis	238
II. Konkrete Leitlinien für spezielle international-privatrechtliche Fragen.....	238
1. Natur der Kollisionsnormen	238
a. Gesamt- oder Sachnormverweisungen	238
b. Einseitige oder allseitige Kollisionsnormen.....	240
2. Die Rechtswahl als maßgeblicher Anknüpfungspunkt.....	240
a. Erfüllung der Voraussetzungen des Binnenmarktes.....	242
b. Erfüllung der Voraussetzungen des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.....	242
c. Einschränkungen der Rechtswahl.....	243
3. Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt als konkretes objektives Anknüpfungsmoment	244
4. Ordre Public.....	246
a. Einheitliches Sachrecht.....	248
b. Kein einheitliches Sachrecht	248
aa. Anerkennungsrechtlicher ordre public	248
(1) Entwicklung eines „gemeineuropäischen ordre public“	250
(a) Das Krombach/Bamberski-Urteil	250
(b) Das Renault/Maxicar-Urteil.....	251
(c) Folgerung	251
(2) Justitielle Kontrolle	253
bb. Kollisionsrechtlicher ordre public.....	254
cc. Entkräftung von Einwänden	255
(1) Lage in den USA.....	255
(2) Vorbehalt der öffentlichen Ordnung im EG-Vertrag	256
c. Verhältnis zu Drittstaaten	257
d. Ergebnis.....	257
5. Einheitliche Auslegung durch den EuGH.....	258
C. Ergebnis	259
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	261
Ausblick.....	267
I. Definition eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.....	267
II. Maßnahmen im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen	268
1. Aufgabe des Binnenmarkterfordernisses	268
2. Erlass verbindlicher Maßnahmen	269
3. Verfahren	270
4. Gerichtliche Zuständigkeit.....	271
5. Kompetenz der Mitgliedstaaten	271

III. Änderung der Vorgaben für die Ausgestaltung der Rechtsakte.....	272
IV. Ergebnis.....	272

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABl.EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
a.F.	alte Fassung
AP	Archiv für Presserecht
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Aufl.	Auflage
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes
Bd.	Band
BR-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
Bsp.	Beispiel
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
Bull.EU	Bulletin der Europäischen Union
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
Cah. dr. europ.	Cahiers de droit européen
CEE	Communauté économique européenne
CIEC	Commission Internationale de l'Etat Civil
CISG	Convention on the International Sale of Goods
CONF	Dokumente der Regierungskonferenz
CPP	Code de procédure pénale
CMLR	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Dok.	Dokumente
DOM	Départements d'outre-mer
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft/ Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaften in der Fassung des Vertrages von Amsterdam
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaften in der Fassung vor dem Vertrag von Amsterdam
EGVVG	Einführungsgesetz zum Versicherungsvertragsgesetz
ELF	European Law Forum
ELR	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EPZ	Europäische Politische Zusammenarbeit
ERPL	European Review of Private Law

EU	Europäische Union
EuGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EUV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union
EuBVO	Verordnung 1206/2001 des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Römisches Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWIVVO	Verordnung über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f./ff.	folgende(r)(s)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAO	Food and Agriculture Organization of the United Nations
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
GA	Generalanwalt
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GG	Grundgesetz
GMBI.	Gemeinsames Ministerialblatt
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
ICLQ	International Common Law Quarterly
IntGesR	internationales Gesellschaftsrecht
IPR	internationales Privatrecht/ internationale Privatrechte
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IStR	Internationales Steuerrecht
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KOM	Kommissionsdokument
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
lit.	littera
Lfg.	Lieferung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MLR	Maastricht Law Review
MJ	Maastricht Journal
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NILR	Netherlands International Law Review
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitschrift
OLG	Oberlandesgericht

PJZ	Polizeiliche und Justitielle Zusammenarbeit
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdC	Recueil des Cours de l'Académie de droit international
RdJ	Recht der Jugend und des Bildungswesens
Rdnr.	Randnummer
REFLEX	Dokumente der Reflexionsgruppe
Rev. Crit. Dr. Int. Privé	Revue Critique du Droit International Privé
Riv. dir. int. priv. proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
RTDeur.	Revue trimestrielle du droit européen
S.	Satz
sec.	section
Slg.	Sammlung
SZIER	Schweizerische Zeitung für internationales und europäisches Recht
TOM	Territoires d'outre-mer
u.a.	unter anderem/ und andere
UCC	Uniform Commercial Code
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
Unidroit	Institut international pour l'unification du droit privé
UrhG	Gesetz über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte
Urt.	Urteil
U.S.Const.	Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika
v.	von/vom
verb.	verbundene
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
wrp	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
z.B.	zum Beispiel
ZBJI	Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Literaturverzeichnis

- Achterberg, Norbert (Hrsg.)* Ergänzbares Lexikon des Rechts, Bd. 1, Gruppe 2 Rechtsphilosophie, Artikelregister 170 Gerechtigkeit, Neuwied, 1992
- Ackermann, Thomas* Warenverkehrsfreiheit und „Verkaufsmodalitäten“, RIW 1994, 189 ff.
- Adrian, Axel* Juristische Methodenlehre und die „Keck - Entscheidung“ des EuGH, EWS 1998, 288 ff.
- Akman, Thorsten* Die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres als „3. Säule“ des Maastrichter Unionsvertrages, JA 1994, 49 ff.
- Armbrüster, Christian* Ein Schuldvertragsrecht für Europa?, RabelsZ 1996, 72 ff.
- Arndt, Hans-Wolfgang* Warenverkehrsfreiheit und nationale Verkaufsbeschränkungen, ZIP 1994, 188 ff.
- Bar, Christian von* Internationales Privatrecht, Erster Band, Allgemeine Lehren, München 1987
Internationales Privatrecht, Zweiter Band, Besonderer Teil, München 1991
Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 28.3.2000, Rs. C-7/98, JZ 2000, 725
- Bardenhewer, Angela* Einführung, in: EU- und EG-Vertrag: konsolidierte Fassungen im Rahmen des Vertrages von Amsterdam, Baden-Baden 1997, 13 ff.
- Basedow, Jürgen* Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz - ein Stück ordre public?, IPRax 1994, 85 ff.
Zulässigkeit und Vertragsstatut der Kabotage Transporte, ZHR 1992, 413 ff.
Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, RabelsZ 1995, 1 ff.
Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht, in: Schneyder (Hrsg.), Internationales Verbraucherrecht, 1995, 11 ff.
Europäisches internationales Privatrecht, NJW 1996, 1921 ff.
Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, in: Due, Ole u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, 49 ff.
A Common Contract Law for the Common Market, CMLR 1996, 1169 ff.
Die Harmonisierung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, EuZW 1997, 609 ff.
The Communitarization of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam, CMLR 2000, 687 ff.
European Conflict of laws under the treaty of Amsterdam, in: Borchers, Patrick J./Zekoll, Joachim (Hrsg.), International Conflict of Laws for the third Millenium, New York 2001, 175 ff.
Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, in: Baur, Jürgen F./Mansel, Hans-Peter (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, München 2002, 19 ff.
- Baum, Harald* Alternativanknüpfungen: Begriff, Funktion, Kritik, Tübingen 1985
- Beaumont, Paul* European Court of Justice and Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters, ICLQ 1999, 223 ff.
- Beaumont, Paul/Moir, Gordon* Brussels Convention II: A New Private International Law Instrument in Family Matters for the European Union or the European Community?, ELR 1995, 268 ff.

- Becker, Ulrich* Freizügigkeit in der EU - auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit, EuR 1999, 522 ff.
- Behrens, Peter* Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung, RabelsZ 1986, 19 ff.
Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht, RabelsZ 1988, 498 ff.
Das Wirtschaftsrecht des Europäischen Binnenmarktes, Jura 1989, 561 ff.
Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1992, 145 ff.
Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros - Urteil des EuGH, IPRax 1999, 323 ff.
Die Bedeutung des Kollisionsrechts für die „Globalisierung“ der Wirtschaft, in: Basedow, Jürgen u.a. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, Tübingen 2001, 381 ff.
EuGH klärt Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, EuZW 2002, 737
Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, 193 ff.
Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach *Inspire Art*, IPRax 2004, 20 ff.
- Benicke, Christoph/
Zimmermann, Andreas* Internationales Namensrecht im Spannungsfeld zwischen Internationalem Privatrecht, Europäischem Gemeinschaftsrecht und Europäischer Menschenrechtskonvention, IPRax 1995, 141 ff.
- Berger, Christian* Die EG-Verordnung über die Zusammenarbeit der Gerichte auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen (EuBVO), IPRax 2001, 522 ff.
- Bergmann, Jan/Lenz,
Christofer* Der Amsterdamer Vertrag vom 2. Oktober 1997 - Eine Kommentierung der Neuerungen des EU- und EG-Vertrages, Köln 1998
- Bernhard, Peter* Cassis de Dijon und Kollisionsrecht - am Beispiel des unlauteren Wettbewerbs, EuZW 1992, 437 ff.
- Besse, Dirk* Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Vertrag von Amsterdam und das EuGVÜ, ZEuP 1999, 105 ff.
- Bischoff, Jean-Marc* Harmonisation du droit privé: l'exemple du travail de la Commission Internationale de l'Etat Civil, in: Stoffel, Walter A./Volken, Paul (Hrsg.), Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck, Fribourg 1990, 117 ff.
- Blanke, Herrmann - Josef* Der Unionsvertrag von Maastricht - Ein Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Bundesstaat?, DÖV 1993, 412 ff.
- Blaurock, Uwe* Wege zur Rechtseinheit im Zivilrecht Europas, in: Starck, Christian (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze - Bedingungen, Ziele, Methoden, Göttingen 1992, 90 ff.
Europäisches Privatrecht, JZ 1994, 270 ff.
- Bleckmann, Albert* Die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge, EuR 1977, 109 ff.
- Blumann, Claude* Contribution du Traité d'Amsterdam à la Transformation de la Communauté de droit en Union de droit, in: Rideau, Joel (Hrsg.), De la Communauté de Droit à l'Union de Droit, Paris 2000, 355 ff.
- de Boer, TH. M.* Prospects for European Conflicts Law in the twenty – first Century, in: Borchers, Patrick J./Zekoll, Joachim (Hrsg.), Essays in Honor of Friedrich K. Juenger, New York 2001, 192 ff.

- Boele-Woelki, Katharina* Unification and Harmonization of Private International Law in Europe, in: Basedow, Jürgen (Hrsg.), *Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague 2000, 61 ff.
Brüssel II: Die Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen, *ZfRV* 2001, 121 ff.
- Brödermann, Eckart* Europäisches Gemeinschaftsrecht versus IPR: Einflüsse und Konformitätsgebot, *MDR* 1992, 89 ff.
- Brödermann, Eckart/Iversen, Holger* Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht, Tübingen 1994
- Brok, Elmar* Der Amsterdamer Vertrag: Etappe auf dem Weg zur europäischen Einigung, *integration* 1997, 211 ff.
- di Brozolo, Radicati* L'influence sur les conflits de lois de principes de droit communautaire en matière de libre circulation, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé* 1993, 401 ff.
- Bruns, Alexander* Der anerkennungsrechtliche ordre public in Europa und den USA, *JZ* 1999, 278 ff.
- Buchwald, Delf* Zur Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union, *Der Staat* 1998, 189 ff.
- Büßer, Janko* Das Widerrufsrecht des Verbrauchers, Frankfurt am Main 2001
- Caemmerer, Ernst von* Rechtsvereinheitlichung und Internationales Privatrecht, in: Leser, Hans G. (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, Tübingen 1968, 27 ff.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.)* Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Auflage, Neuwied, Kriftel 2002
- Campos, Julio D. González* Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Matérialisation des Règles de Droit International Privé, *RdC* 2000, Bd. 287, 9 ff.
- Chroczel, Peter* Die eingeschränkte Geltung des Gesetzes gegen Unlauteren Wettbewerb für EG-Ausländer, *EWS* 1991, 173 ff.
- Classen, Claus Dieter* Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten?, *EWS* 1995, 97 ff.
- Constantinesco, Vlad* La Constitutionnalisation de l'Union Européenne, in: Rideau, Joel (Hrsg.), *De la Communauté de Droit à l'Union de Droit*, Paris 2000, 133 ff.
- Creifelds, Carl/Weber, Klaus* Rechtswörterbuch, 17. Auflage, München 2002
- Currie, David P.* Die Vereinheitlichung des amerikanischen Privatrechts, *JZ* 1996, 930 ff.
- Danwitz, Thomas von* Zur Reichweite der Gemeinschaftskompetenz nach Art. 100 a I und III EGV a.F. (Art. 95 I und III EGV n.F.), *EuZW* 1999, 622 ff.
- Dausies, Manfred A.* Die rechtliche Dimension des Binnenmarktes, *EuZW* 1990, 8 ff.
- Deckert Martina/Lilienthal, Nicolas* Die Rechtsetzungskompetenzen der EG im Privatrecht, *EWS* 1999, 121 ff.
- Dehousse, Franklin* Le Traité d'Amsterdam, Reflet de la nouvelle Europe, *Cah. dr. europ.* 1997, 265 ff.
- Dethloff, Nina* Europäisches Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs, *JZ* 2000, 179 ff.
Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, in: Boele-Woelki, Katharina (Hrsg.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerpen, Oxford, New York, 2003, 37 ff.
- Dittmann, Armin/Fehrenbacher, Claus* Die bildungsrechtlichen Harmonisierungsverbote (Art. 126 Abs. 4, 127 Abs. 4 EGV) und ihre Bedeutung für die nationale „Bildungshoheit“, *RdJ* 1992, 487 ff.

- Dittrich, Alfred* Der Schutz der Unionsbürger durch die justitielle Zusammenarbeit, in: Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, Baden-Baden 1996, 101 ff.
- Dolinger, Jacob* In Defense of the „General Part“ Principles, in: Borchers, Patrick J./Zekoll, Joachim (Hrsg.), Essays in Honor of Friedrich K. Juenger, New York 2001, 23 ff.
- Dopffel, Peter/Siehr, Kurt* Thesen zur Reform des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, *RabelsZ* 1980, 344 ff.
- Dörr, Oliver* Die Entwicklung der ungeschriebenen Außenkompetenzen der EG, *EuZW* 1996, 39 ff.
- Dörr, Dieter/Dreher, Meinrad* Europa als Rechtsgemeinschaft, Baden-Baden 1997
- Drappatz, Thomas* Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, Tübingen 2002
- Drasch, Wolfgang* Das Herkunftslandsprinzip im internationalen Privatrecht, Baden-Baden 1997
- Drobnig, Ulrich* Verstößt das Staatsangehörigkeitsprinzip gegen das Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages?, *RabelsZ* 1970, 636 ff.
- Originärer Erwerb und Übertragung von Immaterialgüterrechten im Kollisionsrecht, *RabelsZ* 1976, 195 ff.
- Anwendungsnormen in Übereinkommen zur Vereinheitlichung des Privatrechts, in: Stoffel, Walter A./Volken, Peter (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg 1990, 15 ff.
- Vorüberlegungen zu einem europäischen Sachenrecht, in: Martiny, Dieter/Witzleb, Normann (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch*, Berlin 1999, 169 ff.
- Vereinheitlichung von Zivilrecht durch soft law: neuere Erfahrungen und Einsichten, in: Basedow, Jürgen u.a. (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa*, Tübingen 2001, 745 ff.
- Ebenroth, Carsten* Die innereuropäische Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluß der Niederlassungsfreiheit? (Teil I), *DB* 1989, 363 ff.
- Thomas/Eyles, Uwe*
- Eberhartinger, Michael* Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, *EWS* 1997, 43 ff.
- Ebke, Werner* Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH, *JZ* 1999, 656 ff.
- Ehricke, Ulrich* Der „taugliche Bürge“ gemäß § 239 BGB auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, *EWS* 1994, 259 ff.
- Eidenmüller, Horst* Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und zukünftiges deutsches internationales Insolvenzrecht, *IPRax* 2001, 2 ff.
- Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, *ZIP* 2002, 2233 ff.
- Einsle, Dorothee* Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 1996, 417 ff.
- Engel, Arno Johannes* Ein Europäisches Zivilrechtsgesetzbuch? - Zukunftsperspektiven aus dem Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz, *ZfRV* 1999, 121 ff.
- Everling, Ulrich* Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes, in: Baur, Jürgen/Hopt, Klaus J./Mailänder K. Peter (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Steindorff*, Berlin, New York 1990, 1155 ff.
- Abgrenzung der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 100 a EWGV durch den Gerichtshof, *EuR* 1991, 179 ff.

- Fabio, Udo di* Die „Dritte Säule“ der Union, DÖV 1997, 89 ff.
- Fallon, Marc* Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, ERPL 1995, 45 ff.
- Fezer, Karl -Heinz* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 13. 10. 1993, Rs. C-93/92, JZ 1994, 623 ff.
- Fezer, Karl-Heinz/Koos, Stefan* Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandsprinzip und die e-commerce-Richtlinie, IPRax 2000, 349 ff.
- Fischer, Gerfried* Rezension von Baetge, Dieter, Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht, RabelsZ 1998, 136 ff.
Gemeinschaftsrecht und kollisionsrechtliches Staatsangehörigkeitsprinzip, in: Bar, Christian von (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, Köln u.a. 1991, 157 ff.
- Fischer, Hans Georg* Die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres - die „3. Säule“ des Vertrages über die Europäische Union, EuZW 1994, 747 ff.
- Fischer, Joschka* Vom Staatenverbund zur Föderation - Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, Rede am 12. Mai 2000 in der Humboldt-Universität zu Berlin, integration 2000, 149 ff.
- Flessner, Axel* Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, Tübingen 1990
- Föhlisch, Julia* Der gemeineuropäische „ordre public“, Frankfurt am Main 1997
- Forsthoff, Ulrich* EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht, DB 2002, 2471 ff.
- Frankenstein, Ernst* Projet d'un Code Européen de droit international privé, Leiden 1950
- Freund, Heinz-Joachim* Keck und die Folgen, JA 1997, 716 ff.
- Fuchs, Angelika* § 92c Abs. 1 HGB aF verstößt gegen den EG-Vertrag, IPRax 1997, 32 ff.
- Furet, Francois/Ozouf, Mona* Kritisches Wörterbuch der Französischen Revolution, Band II, Brüderlichkeit, 1037 ff., Freiheit, 1103 ff., Gleichheit, 1136 ff., Frankfurt am Main 1996
- Gamillscheg, Franz* Neue Entwicklungen im englischen und europäischen internationalen Arbeitsrecht, RIW 1979, 225 ff.
- Gärtner, Rudolf* EG-Versicherungsbinnenmarkt und Versicherungsvertragsrecht, EWS 1994, 114 ff.
- Gaudemet-Tallon, Hélène* Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen: quelques repères, in: Borrás, Alegriá u.a. (Hrsg.), E pluribus Unum, Liber amicorum A.L. Droz, Den Haag, 1996, 85 ff.
- Gebauer, Martin* Internationales Privatrecht und Warenverkehrsfreiheit in Europa, IPRax 1995, 152 ff.
- Geiger, Rudolf* Der Arrestgrund der Auslandsvollstreckung (§ 917 II ZPO) und das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 6 EG-Vertrag), IPRax 1994, 415 ff.
Vertragsschlußkompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und auswärtige Gewalt der Mitgliedstaaten, JZ 1995, 973 ff.
- Geimer, Reinhold* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 28.3.2000, Rs. C-7/98, ZIP 2000, 863 ff.
Internationales Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Köln 2001
Salut für die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (Brüssel I-VO), IPRax 2002, 69 ff.
- Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A.* Europäisches Zivilverfahrensrecht, München 1997
- Geisler, Stephan* Die engste Verbindung im internationalen Privatrecht, Berlin 2001

- Geyrhalter, Volker/
Gänßler, Peggy* Perspektiven nach Überseering, NZG 2003, 409 ff.
- Gilsdorf, Peter* Die Außenkompetenz der EG im Wandel - Eine kritische Auseinandersetzung mit Praxis und Rechtsprechung, EuR 1996, 145 ff.
- Gimbal, Anke* Innen- und Justizpolitik - die dritte Säule der Europäischen Union, in: Weidenfeld, Werner (Hrsg.), Maastricht in der Analyse - Strategien und Optionen für Europa, Gütersloh 1994, 71 ff.
- Die Innen- und Justizpolitik der EU nach Amsterdam, in: Weidenfeld, Werner (Hrsg.), Amsterdam in der Analyse, Gütersloh 1998, 121 ff.
- Glaesner, Hans-J.* Bemerkungen zur Interpretation von Art. 100 a EWGV, in: Ress, Georg (Hrsg.), Rechtsprobleme der Rechtsangleichung, Saarbrücken 1987, 37 ff.
- Gottwald, Peter* Die Freizügigkeit von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen in Westeuropa, in: Jayme, Erik (Hrsg.), Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa, Heidelberg 1992, 155 ff.
- Götz, Volkmar* Verfassungsschranken interventionistischer Regulierung nach europäischem Gemeinschaftsrecht im Vergleich mit dem Grundgesetz, JZ 1989, 1021 ff.
- Gounalakis, Georgios/
Radke, Wolfram* Das Verhältnis des Internationalen Privatrechts zum Europäischen Gemeinschaftsrecht am Beispiel des Diskriminierungsverbots (Art. 6 EGV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 52, 58 EGV) und des Kollisionsrechts der EG-Datenschutzrichtlinie, ZVglRWiss 1999, 1 ff.
- Grabitz, Eberhard* Über die Verfassung des Binnenmarktes, in: Baur, Jürgen/Hopt, Klaus J./Mailänder K. Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin, New York 1990, 1229 ff.
- Grabitz, Eberhard/Hilf,
Meinhard* Das Recht der Europäischen Union - Kommentar, Amsterdamer Fassung, München 2000
- Gray, Whitmore* E pluribus unum? A Bicentennial Report on Unification of Law in the United States, RabelsZ 1986, 111 ff.
- Grewe, Constance* Réflexions comparatives sur l'Etat de droit, in: Rideau, Joel (Hrsg.), De la Communauté de Droit à l'Union de Droit, Paris 2000, 11 ff.
- Groeben, Hans von der/
Schwarze, Jürgen* Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden, 6. Auflage. Band 1, 2003, Band 2, 2003, Band 3, 2003, Band 4, 2004
- Groeben, Hans von
der/Thiesing,
Jochen/Ehlermann Claus-
Dieter* Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Baden-Baden, Band 1, 5. Auflage, 1997; Band 5, 5. Auflage, 1997
- de Groot, René* European Private Law between Utopia and Early Reality, MJ 1997, 1 ff.
- Großfeld, Bernhard* Die Sitztheorie in der Europäischen Union – ein mutiger Schritt des EuGH, RIW 2002, Heft 12, „Die erste Seite“
- Großfeld, Bernhard/König,
Thomas* Das Internationale Gesellschaftsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, RIW 1992, 433 ff.
- Grothe, Helmut* Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht - internationale Tagung in Osnabrück, NJW 1990, 2179 f.
- „Exorbitante“ Gerichtszuständigkeiten im Rechtsverkehr zwischen Deutschland und den USA, RabelsZ 1994, 686 ff.
- Grundmann, Stefan* Europäisches Schuldvertragsrecht, Berlin 1999
- Binnenmarktkollisionsrecht - vom klassischen IPR zur Integrationsordnung, RabelsZ 2000, 457 ff.

- Privatautonomie im Binnenmarkt, JZ 2000, 1133 ff.
- Grundmann, Stefan/Riesenhuber, Karl* Die Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts, JuS 2001, 529 ff.
- Gundel, Jörg* Die Neuordnung der Rechtsangleichung durch den Vertrag von Amsterdam - Neue Voraussetzungen für den „nationalen Alleingang“, JuS 1999, 1171 ff.
- Der einheitliche Grundrechtsraum Europa und seine Grenzen: Zur EMRK-konformen Interpretation des Ordre-public-Vorbehalts des EuGVÜ durch den EuGH, EWS 2000, 442 ff.
- Gündisch, Jürgen* Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, AnwBl. 1998, 170 ff.
- Qualität europäischer Rechtsetzung, in: Basedow, Jürgen u.a. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, Tübingen 2001, 109 ff.
- Habermeier, Stefan* Neue Wege zum Wirtschaftskollisionsrecht, Baden-Baden 1997
- Habscheid, Walther* Die Europäisierung des Zivilprozeßrechts, in: Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden, 1993, 449 ff.
- Hahn, Claudia* The legal protection of the family in matters of succession – Initial results of the study in private international law on succession and wills at the request of the Commission, in: Council of Europe, 6th European conference on family law, 14 and 15 October 2002, Strasbourg – Proceedings CONF/FAMN (2002) PRO) 25 ff. Im Internet zugänglich unter Europarat http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Family_law_and_children's_rights/Conferences/Working%20Documents.asp
- Hailbronner, Kay* Aufenthaltsbeschränkungen gegenüber EG-Angehörigen und neuere Entwicklungen im EG-Aufenthaltsrecht, ZAR 1985, 108 ff.
- Die Neuregelung der Bereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung, in: Hummer, Waldemar (Hrsg.), Die europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, Wien 1998, 179 ff.
- Hailbronner, Kay/Klein, Eckart/Magiera, Siegfried/Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.)* Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Gemeinschaft (EUV/EGV), Ordner 2, Köln, Berlin, Bonn, München, Lfg. 7, 1998
- Hakenberg, Waltraud* Vorabentscheidungsverfahren und europäisches Privatrecht, RabelsZ 2002, 367 ff.
- Hallstein, Walter* Angleichung des Privat- und Prozeßrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, RabelsZ 1964, 211 ff.
- Die Europäische Gemeinschaft, Düsseldorf, Wien 1979
- Harings, Lothar* Die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, EuR 1998, 81 ff.
- Häsemeyer, Ludwig* Insolvenzrecht, 2. Aufl., Köln u.a. 1998
- Hau, Wolfgang* Das System der internationalen Entscheidungszuständigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht, FamRZ 2000, 1333 ff.
- Hayder, Roberto* Neue Wege der europäischen Rechtsangleichung?, RabelsZ 1989, 622 ff.
- Heermann, Peter W.* Das deutsche Wettbewerbsrecht und die „Keck“-Rechtsprechung des EuGH, wrp 1999, 381 ff.

- Heiss, Helmut* Verbraucherschutz im Binnenmarkt: Art. 129a EGV und die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen, ZEuP 1996, 625 ff.
 Vom EU- zum gesamteuropäischen Privatrecht? - Privatrechts-harmonisierung in der sich erweiternden Union, in: Basedow, Jürgen u.a. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, Tübingen 2001, 123 ff.
- Heitmann, Steffen* Aufbruch in einen europäischen Rechtsraum, NJW 2001, 124 ff.
- Helms, Tobias* Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen im Europäischen Eheverfahrensrecht, FamRZ 2001, 257 ff.
 Internationales Verfahrensrecht für Familiensachen in der Europäischen Union, FamRZ 2002, 1593 ff.
- Henrich, Dieter* Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip?, Hohloch, Gerhard (Hrsg.), Festschrift für Hans Stoll, Tübingen 2001, 435 ff.
- Heß, Burkhard* Justitielle Kooperation nach Art. 65 EG-Vertrag, unter besonderer Berücksichtigung der Einbeziehung der CR, in: Tichý, Lubos (Hrsg.), Europeizace národních právních rádu, Prag 2000, 185 ff.
 Die „Europäisierung“ des internationalen Zivilprozeßrechts durch den Amsterdamer Vertrag - Chancen und Gefahren, NJW 2000, 23 ff.
 Die Zustellung von Schriftstücken im europäischen Justizraum, NJW 2001, 15 ff.
 Aktuelle Perspektiven der europäischen Prozessrechtsangleichung, JZ 2001, 573 ff.
 Steht das geplante weltweite Zuständigkeits- und Vollstreckungs-übereinkommen vor dem Aus?, IPRax 2001, 342 f.
 Die Integrationsfunktion des Europäischen Zivilverfahrensrechts, IPRax 2001, 389 ff.
- Hilf, Meinhard/Pache, Eckhard* Der Vertrag von Amsterdam, NJW 1998, 705 ff.
- Hinz, Hans Werner* Das Interesse der Wirtschaft an einer Europäisierung des Privatrechts, ZEuP 1994, 553 ff.
- Hirsch, Günter* Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht, Bonn 1997
- Hoffmann, Bernd von* The European Community and Private International Law, in: Hoffmann, Bernd von (Hrsg.), European Private International Law, Nijmegen 1998, 19 ff.
 Einführung in das internationale Privatrecht einschließlich der Grundzüge des internationalen Verfahrensrechts, 7. Auflage, München 2002
- Höpping, Ulrike* Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR: unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Produkthaftungsrechts und des internationalen Vertragsrechts, Frankfurt am Main, 1997
- Hoyer, Werner* Der Vertrag von Amsterdam - ein wichtiger Schritt europäischer Integration, in: Kirt, Romain (Hrsg.), Der Vertrag von Amsterdam - Ein Vertrag für alle Bürger, Analysen und Kommentare, Wien 1998, 26 ff.
- Huber, Peter* Internationales Insolvenzrecht in Europa, ZZP 2001, 133 ff.
- Ipsen, Knut* Völkerrecht, 4. Auflage, München 1999
- Israël, Jona* Conflicts of Law and the EC after Amsterdam - A Change for the Worse?, MJ 2000, 81 ff.

- Jänträ-Jareborg, Maarit* Unification of International Family Law – a Critical Perspective, in: Boele-Woelki, Katharina (Hrsg.), Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Antwerpen, Oxford, New York 2003, 134 ff.
- Jayme, Erik* Internationales Privatrecht und Europäischer Binnenmarkt - Eine Skizze, in: Ein internationales Privatrecht für Europa, Heidelberg 1991, 25 ff.
- Ein internationales Privatrecht für Europa, in: Ein Internationales Privatrecht für Europa, Heidelberg 1991, 5 ff.
- Der Gerechtigkeitsgehalt des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens (EuGVÜ), in: Reichelt, Gerte (Hrsg.), Europäisches Kollisionsrecht, Wien 1992, 33 ff.
- Europäisches Kollisionsrecht: Neue Aufgaben, neue Techniken, in: Hommelhoff, Peter/Jayme, Erik/Mangold, Werner (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Heidelberg 1995, 35 ff.
- Europäisches Kollisionsrecht: Grundlagen - Grundfragen, in: Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), Perspektiven des Rechts der Europäischen Union, Heidelberg, 1998, 1 ff.
- Entwurf eines EU-Übereinkommens über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, IPRax 1998, 140 f.
- Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus, IPRax 2000, 165 ff.
- Nationaler ordre public und europäische Integration - Betrachtungen zum Krombach-Urteil des EuGH, Wien 2000
- Europa: Auf dem Weg zu einem interlokalen Kollisionsrecht?, in: Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.), Vergemeinschaftung des Europäischen Kollisionsrechts, München 2001, 31 ff.
- Jayme, Erik/Hausmann, Rainer (Hrsg.)* Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 11. Auflage, München 2002
- Jayme, Erik/Kohler, Christian* Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 - Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien, IPRax 1993, 357 ff.
- Europäisches Kollisionsrecht 1994: Quellenpluralismus und offene Kontraste, IPRax 1994, 405 ff.
- Europäisches Kollisionsrecht 1996 - Anpassung und Transformation der nationalen Rechte, IPRax 1996, 383 ff.
- Europäisches Kollisionsrecht 1997 - Vergemeinschaftung durch „Säulenwechsel“?, IPRax 1997, 385 ff.
- Europäisches Kollisionsrecht 2000: Interlokales Privatrecht oder universelles Gemeinschaftsrecht?, IPRax 2000, 454 ff.
- Europäisches Kollisionsrecht 2002: Zur Wiederkehr des internationalen Privatrechts, IPRax 2002, 461 ff.
- Europäisches Kollisionsrecht 2003: Der Verfassungskonvent und das internationale Privat- und Verfahrensrecht, IPRax 2003, 485 ff.
- Jestaedt, Thomas/Kästle, Florian* Kehrtwende oder Rückbesinnung in der Anwendung von Art. 30 EGV: Das Keck -Urteil, EWS 1994, 26 ff.

- Juenger, Friedrich K.* Möglichkeiten einer Neuorientierung des internationalen Privatrechts, NJW 1973, 1521 ff.
Amerikanische Praxis und europäische Übereinkommen, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Drobnig, Tübingen 1998, 259 ff.
The Problem with Private International Law, in: Basedow, Jürgen u.a. (Hrsg.), Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague 2000, 289 ff.
- Junker, Abbo* Das internationale Privat- und Verfahrensrecht im Zugriff der Europäischen Union, in: Coester, Michael/ Martiny, Dieter/ Prinz von Sachsen Gessaphe, Karl August (Hrsg.), Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger, München 2004, 417 ff.
- Kahl, Wolfgang* Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3b EG-Vertrag, AöR 1993, 414 ff.
- Kallmeyer, Harald* Tragweite des Überseering-Urteils des EuGH vom 5.11.2002 zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung, DB 2002, 2521 ff.
- Karpenstein, Ulrich* Doppelte Rechtsgrundlagen im Gemeinschaftsrecht - ein spät ausgetragener Streit, in: Ress, Georg (Hrsg.), Rechtsprobleme der Rechtsangleichung, Saarbrücken 1987, 55 ff.
Der Vertrag von Amsterdam im Lichte der Maastricht-Entscheidung des BVerfG, DVBl. 1998, 942 ff.
- Kegel, Gerhard* Begriffs- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht, in: Gerwing, Max u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Lewald, Basel 1953, 259 ff.
Allgemeines Kollisionsrecht, in: Stoffel, Walter A./Volken, Paul (Hrsg.), Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbek, Fribourg 1990, 47 ff.
- Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus* Internationales Privatrecht, 8. Auflage, München 2000
- Kieninger, Eva-Maria* Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt, Berlin 1996
- Kindler, Peter* Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften?, NJW 1999, 1993 ff.
„Anerkennung“ der Scheinauslandsgesellschaft und Niederlassungsfreiheit, IPRax 2003, 41 ff.
Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft?, NJW 2003, 1073 ff.
- Kirt, Romain* Note „befriedigend“, Klassenziel erreicht: Nachbetrachtungen zur Revision des Maastrichter Vertrages, in: Kirt, Romain (Hrsg.), Der Vertrag von Amsterdam - Ein Vertrag für alle Bürger, Analysen und Kommentare, Wien 1998, 11 ff.
- Klos, Christian* Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten der Europäischen Migrationspolitik, Konstanz 1998
- Knobbe-Keuk, Brigitte* Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 1990, 325 ff.
- Koch, Harald* Private International Law: A 'soft' Alternative to the Harmonisation of Private Law?, ERPL 1995, 329 ff.
- Koch, Karl-Heinz* Wettbewerbsrecht und Europäischer Binnenmarkt, wrp 1989, 553 ff.
- Koenig, Christian/Haratsch, Andreas* Europarecht, 3. Auflage, Tübingen 2000
- Koenig, Christian/Braun, Jens-Daniel/Capito, Ralf* Europäischer Systemwettbewerb durch Wahl der Rechtsregeln in einem Binnenmarkt für mitgliedstaatliche Regulierungen?, EWS 1999, 401 ff.

- Koenig, Christian/
Pechstein, Matthias/
Sander, Claude* EU-/EG-Prozessrecht, 2. Auflage, Tübingen 2002
- Kohlegger, Gerhard* Die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht im Zivil- und Justizbereich - eine erste Bilanz, ZfRV 1999, 161 ff.
- Kohler, Christian* Einheit, Vielheit und Relativität im Kollisionsrecht der EG-Mitgliedstaaten, IPRax 1992, 277 ff.
- L'article 220 du traité CEE et les conflits de juridictions en matière de relations familiales: premières réflexions, Riv. dir. int. priv. proc. 1992, 221 ff.
- Die Formung europäischen Kollisionsrechts durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: Reichelt, Gerte (Hrsg.), Europäisches Kollisionsrecht, Wien 1992, 15 ff.
- Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1999, 1 ff.
- Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza, Wien 2001
- Systemwechsel im europäischen Anerkennungsrecht: Von der EuGVVO zur Abschaffung des Exequatur, in: Baur, Jürgen F./Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, München 2002, 147 ff.
- Status als Ware: Bemerkungen zur europäischen Verordnung über das internationale Verfahrensrecht für Ehesachen, in: Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.), Vergemeinschaftung des Europäischen Kollisionsrechts, München 2001, 41 ff.
- Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union: Die Verordnung „Brüssel II“, NJW 2001, 10 ff.
- Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum für das Familien- und Erbrecht, FamRZ 2002, 709 ff.
- Vom EuGVÜ zur EuGVVO: Grenzen und Konsequenzen der Vergemeinschaftung, in: Schütze, Rolf A. (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Geimer, München 2002, 461 ff.
- Der europäische Justizraum für Zivilsachen und das Gemeinschaftskollisionsrecht, Bonn 2003
- Kort, Michael* Schranken der Dienstleistungsfreiheit im europäischen Recht, JZ 1996, 132 ff.
- Zur europarechtlichen Zulässigkeit von Abkommen der Mitgliedstaaten untereinander, JZ 1997, 640 ff.
- Kotuby, Jr., Charles T.* External competence of the European Community in the Hague Conference on Private international law: Community harmonization and worldwide unification, NILR 2001, 1 ff.
- Kötz, Hein* Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, RabelsZ 1986, 1 ff.
- Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht, in: Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1993, 95 ff.
- Kraus-Vonjahr, Martin* Der Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa, Frankfurt am Main 2002

- Kreuzer, Karl F.* Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts - Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, in: Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1993, 373 ff.
- Internationales Privatrecht und europäische Integration, in: Brieskorn, Norbert u.a. (Hrsg.), *Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn 1994, 543 ff.
- Europäisches Mobiliarsachenrecht oder: Von den Grenzen des Internationalen Privatrechts, in: Stoffel, Walter A./Volken, Paul (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, 1990, 613 ff.
- Kriegk, Jean-Francois* L'espace judiciaire Européen: Sortir de l'Enfer de Dante?, *Petits affiches* 1999, 4 ff.
- Kronke, Herbert* Zur Komplementarität von IPR und Einheitsrecht bei der Modernisierung des Wirtschaftsrechts - Eine Fallstudie, in: Basedow, Jürgen u.a. (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa*, Tübingen 2001, 757 ff.
- Kronstein, Heinrich* Erfahrungen aus amerikanischer Rechtsangleichung, in: Caemmerer, Ernst von u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Walter Hallstein*, Frankfurt am Main 1966, 275 ff.
- Kropholler, Jan* Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut, *RabelsZ* 1969, 601 ff.
- Europäisches Zivilprozeßrecht, 7. Auflage, Heidelberg 2002
- Das Haager Kinderschutzübereinkommen von 1996 - Wesentliche Verbesserungen im Minderjährigenschutz, in: Basedow, Jürgen u.a. (Hrsg.), *Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague 2000, 379 ff.
- Der Renvoi im vereinheitlichten Kollisionsrecht, in: Gottwald, Peter/Jayme, Erik/Schwab, Dieter (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Henrich*, Bielefeld 2000, 393 ff.
- Internationales Privatrecht, 4. Auflage, Tübingen 2001
- Die Auslegung von EG-Verordnungen zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, in: Basedow, Jürgen u.a. (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa*, Tübingen 2001, 583 ff.
- Kropholler, Jan/ Blobel, Felix* Unübersichtliche Gemengelage im IPR durch EG-Verordnungen und Staatsverträge, in: Coester, Michael/ Martiny, Dieter/ Prinz von Sachsen Gessaphe, Karl August (Hrsg.), *Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger*, München 2004, 453 ff.
- Krück, Hans* Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaften, Berlin, Heidelberg, New York 1977
- Kühne, Gunther* Der Anwendungsbereich des Renvoi im Lichte der Entwicklung des IPR, in: Heldrich, Andreas/Sonnenberger, Hans Jürgen (Hrsg.), *Festschrift für Murad Ferid*, Frankfurt am Main 1988, 251 ff.
- Kux, Stephan* Die Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres, in: Kirt, Romain (Hrsg.), *Der Vertrag von Amsterdam - Ein Vertrag für alle Bürger*, Analysen und Kommentare, Wien 1998, 107 ff.
- Labayle, Henri* Un espace de liberté, de sécurité et de justice, *RTDeur.* 1997, 105 ff.
- La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale, *RTDeur.* 1997, 1 ff.
- Langner, Olaf* Das Kaufrecht auf dem Prüfstand der Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, *RabelsZ* 2001, 222 ff.
- Leible, Stefan* Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in den EG-Richtlinien, in: Schulte-Nölke, Hans/Schulze, Reiner (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationales Privatrecht*, Baden-Baden 1999, 353 ff.

- Leible, Stefan/Engel, Andreas* Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung, EuZW 2004, 7 ff.
- Leible, Stefan/Hoffmann, Jochen* Vom „Nullum“ zur Personengesellschaft - Die Metamorphose der Scheinauslandsgesellschaft im deutschen Recht, DB 2002, 2203 ff.
 „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, 925 ff.
 Wie inspiriert ist „Inspire Art“?, EuZW 2003, 677 ff.
- Leible, Stefan/Staudinger, Ansgar* Die europäische Verordnung über Insolvenzverfahren, KTS 2000, 533 ff.
 Art. 65 EGV im System der EG-Kompetenzen, ELF 2000/01, 225 ff.
- Leipold, Dieter* Neuere Erkenntnisse des EuGH und des BGH zum anerkennungsrechtlichen ordre public, in: Hohloch, Gerhard (Hrsg.), Festschrift für Hans Stoll, Tübingen 2001, 625 ff.
- Lenz, Carl Otto/Borchardt Klaus-Dieter* EU- und EG-Vertrag-Kommentar, 3. Auflage, Basel u.a. 2003
- Lepoivre, Marc* Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la conférence intergouvernementale de 1996, Cah. dr. europ. 1995, 323 ff.
- Lindacher, Walter F.* Europäisches Zustellungsrecht, ZZP 2001, 179 ff.
- Linke, Hartmut* Probleme der internationalen Zustellung, in: Gottwald, Peter (Hrsg.), Grundfragen der Gerichtsverfassung -Internationale Zustellung, Bielefeld 1999, 95 ff.
 Die Europäisierung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts – Traum oder Trauma?, in: Schütze, Rolf A. (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Geimer, München 2002, 529 ff.
- Lochner, Norbert* Was bedeuten die Begriffe Harmonisierung, Koordinierung und gemeinsame Politik in den Europäischen Verträgen, ZgS 1962, 35 ff.
- Loussouam, Yvon/Bourel, Pierre* Droit international privé, 4. Auflage, Paris 1993
- Lüderitz, Alexander* Anknüpfung im Parteiinteresse, in: Lüderitz, Alexander/Schröder, Jochen (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt am Main 1977, 31 ff.
- Lüke, Wolfgang* Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen in der EU, in: Merli, Franz (Hrsg.), Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Osterweiterung der Europäischen Union, Dresden 2001, 113 ff.
- Lutter, Marcus* Europas Werden durch das Recht, in: Doralt, Peter/Nowotny, Christian (Hrsg.), Festschrift für Walter Kastner, Wien 1992, 301 ff.
 Europäisches Unternehmensrecht, 4. Auflage, Berlin, New York 1996
 „Überseering“ und die Folgen, BB 2003, 7 ff.
- Majoros, Ferenc* Konflikte zwischen Staatsverträgen auf dem Gebiet des Privatrechts, RabelsZ 1982, 84 ff.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.)* Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 4. Auflage, München 1999
- Mankowski, Peter* Binnenmarkt-IPR, in: Basedow, Jürgen u.a. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, Tübingen 2001, 595 ff.
 Das Herkunftslandsprinzip als Internationales Privatrecht der e-commerce-Richtlinie, ZVglRWiss 2001, 137 ff.
- Mansel, Heinz-Peter* Zum Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht nach Amsterdam und Nizza, in: Baur, Jürgen F./Mansel, Hans-Peter (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, München 2002, 1 ff.

- Martinez, José* Rechtsstaatliche Anforderungen an die Gerichtskontrolle der polizeilichen Zusammenarbeit in Europa, in: Scholz, Ruppert (Hrsg.), Europa als Union des Rechts - Eine notwendige Zwischenbilanz im Prozeß der Vertiefung und Erweiterung, Leipzig 1999, 169 ff.
- Martiny, Dieter* Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. III/1, Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomen Recht, Tübingen 1984
- Nichtanerkennung deutscher Sicherungsübereignung in Österreich, IPRax 1985, 168 ff.
- Gemeinschaftsrecht, ordre public, zwingende Bestimmungen und Exklusivnormen, in: Bar, Christian von (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1991, 211 ff.
- Europäisches Familienrecht - Utopie oder Notwendigkeit?, RabelsZ 1995, 420 ff.
- Rechtskultur - Berührungspunkte zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, in: Brand, Jürgen/Stempel, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Erhard Blankenburg, Baden-Baden 1998, 421 ff.
- Die Anknüpfung an den Markt, in: Basedow, Jürgen u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Drobnig, Tübingen 1998, 389 ff.
- Europäisches Privatrecht - greifbar oder unerreichbar?, in: Martiny, Dieter/Witzleb, Normann (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, Berlin 1999, 1 ff.
- Die Möglichkeit der Vereinheitlichung des Familienrechts innerhalb der Europäischen Union, in: Martiny, Dieter/Witzleb, Normann (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, Berlin 1999, 177 ff.
- Europäisches Internationales Vertragsrecht - Ausbau und Konsolidierung, ZEuP 1999, 246 ff.
- Kindesentziehung – „Brüssel II“ und die Staatsverträge, ERA-Forum 2003, 97 ff.
- Die Zukunft des europäischen ordre public im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, in: Coester, Michael/ Martiny, Dieter/ Prinz von Sachsen Gessaphe, Karl August (Hrsg.), Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger, München 2004, 523 ff.
- Martiny, Dieter/Ernst, Ulrich* Der Beitritt Polens zum Luganer Übereinkommen, IPRax 2001, 29 ff.
- Marx, Ludger* Der verfahrensrechtliche ordre public bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland, Frankfurt am Main, 1994
- von Maydell, Bernd* Sach- und Kollisionsnormen im internationalen Sozialversicherungsrecht, Berlin 1967
- Metz, Wolfgang* Kommentierte Chronologie zur Regierungskonferenz 1996/1997, in: Weidenfeld, Werner (Hrsg.), Strategien für Europa - Amsterdam in der Analyse, Gütersloh 1998, 219 ff.
- Meyer, Jürgen/ Höltscheidt, Sven* Die Europäische Verfassung des europäischen Konvents, EuZW 2003, 613 ff.
- Meyring, Bernd* Die Reform der Bereiche Justiz und Inneres durch den Amsterdamer Vertrag, EuR 1999, 309 ff.
- Micklitz, Hans-W.* Das Keck-Urteil des EuGH - Vom Binnenmarkt zurück zum Freihandel, IStR 1994, 86 ff.

- Micklitz, Hans-W./Rott, Peter* Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001, EuZW 2001, 325 ff.
- Mojzesowicz, Karolina* Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, Baden-Baden 2000
- Monar, Jörg* Reformziel Innere Sicherheit: Die Notwendigkeit einer Gemeinsamen Innen- und Sicherheitspolitik, in: Jopp, Mathias/Schmuck, Otto (Hrsg.), Die Reform der Europäischen Union: Analysen - Positionen - Dokumente zur Regierungskonferenz 1996/97, Bonn 1996, 59 ff.
- Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Die Innen- und Justizpolitik nach Amsterdam, in: Jopp, Mathias/Maurer, Andreas/Schmuck, Otto (Hrsg.), Die Europäische Union nach Amsterdam, Bonn 1998, 127 ff.
- Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation, ELR 1998, 320 ff.
- Die Entwicklung des „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“: Perspektiven nach dem Vertrag von Amsterdam und dem Europäischen Rat von Tampere, integration 2000, 18 ff.
- Mosiek-Urbahn, Marlies* Rechtsvereinheitlichung durch europäisches Privatrecht - eine Herausforderung für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ZRP 2000, 297 ff.
- Mülbert, Peter O.* Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt, ZHR 1995, 2 ff.
- Müller-Graff, Peter-Christian* Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, EuR 1989, 107 ff.
- Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, 13 ff.
- Die Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres (JIZ), in: Due, Ole u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, 925 ff.
- Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip? ZHR 1995, 34 ff.
- Justiz und Inneres nach Amsterdam - Die Neuerungen in erster und dritter Säule, integration 1997, 271 ff.
- Institutionelle und materielle Reformen in der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, in: Hummer, Waldemar (Hrsg.), Die europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, Wien 1998, 259 ff.
- Müller-Graff, Peter-Christian/Kainer, Friedemann* Die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen in der Europäischen Union, DRiZ 2000, 350 ff.
- Münchener Kommentar* Band 10 - Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hans Jürgen Sonnenberger (Red.), 3. Auflage, München 1998
- Band 11 - Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, München 1998
- Nanz, Klaus-Peter* Der „3. Pfeiler der Europäischen Union“: Zusammenarbeit in der Justiz- und Innenpolitik, integration 1992, 126 ff.
- Der Vertrag von Amsterdam - Materialien, in: Schelter, Kurt/Hoyer, Werner (Hrsg.), Schriften zur europäischen Integration, Bd. 3, Starnberg 1997
- Neßler, Volker* Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Europäisierung? Stand und Perspektiven des Europäischen Gesellschaftsrechts, ZfRV 2000, 1 ff.
- Nettesheim, Martin* Horizontale Kompetenzkonflikte in der EG, EuR 1993, 243 ff.

- Neuhaus, Paul Heinrich* Neue Wege im europäischen internationalen Privatrecht?, *RabelsZ* 1971, 401 ff.
- Neuhaus, Paul
Heinrich/Kropholler, Jan* Rechtsvereinheitlichung - Rechtsverbesserung?, *RabelsZ* 1981, 73 ff.
- Nickel, Dietmar* Ein Kommentar zum Amsterdamer Vertrag aus Sicht des europäischen Parlaments, *Integration* 1997, 219 ff.
- Nicolaysen, Gert* Europarecht I, Die Europäische Integrationsverfassung, 2. Auflage, Baden-Baden 2002
- Nicolaysen, Gert* Europarecht II, Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt, Baden-Baden 1996
- Oehlert, Sebastian* Harmonisierung durch EG-Richtlinien: Kompetenzen, Legitimation, Effektivität, *JuS* 1997, 317 ff.
- Oppermann, Thomas* Europarecht, 2. Auflage, München 1999
- Palandt, Otto* Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, München 2004
- Pechstein, Matthias* Europäisches Zivilgesetzbuch und Rechtsetzungsbefugnisse der EG, in: Martiny, Dieter/Witzleb, Normann (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, Berlin 1999, 19 ff.
- Pechstein,
Matthias/Koenig, Christian* Die Europäische Union, 3. Auflage, Tübingen 2000
- Pfeiffer, Thomas* Der Stand des Internationalen Sachenrechts nach seiner Kodifikation, *IPRax* 2000, 270 ff.
- Piepenschneider, Melanie* Der Vertrag von Amsterdam - Analyse und Bewertung, Sankt Augustin 1998
- Piltz, Burghard* Vom EuGVÜ zur Brüssel-I-Verordnung, *NJW* 2002, 789 ff.
- Pipkorn, Jörn* Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union - rechtliche Bedeutung und gerichtliche Überprüfbarkeit, *EuZW* 1992, 697 ff.
- Pirrung, Jörg* Übereinkommen zur justitiellen Zusammenarbeit, in: Schulte-Nölke, Hans/Schulze, Reiner (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationales Privatrecht, Baden-Baden 1999, 341 ff.
- Pirrung, Jörg* Zugang zum Recht der Europäischen Union, in: Barret, Gavin (Hrsg.), *Creating a European Judicial Space*, Köln 2001, 35 ff.
- Pirrung, Jörg* Europäische justitielle Zusammenarbeit, Haager Konferenz und Unidroit, in: Basedow, Jürgen u.a. (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa*, Tübingen 2001, 785 ff.
- Putzkajler, Karl Peter* Das internationale Scheidungs- und Sorgerecht nach Inkrafttreten der Brüssel II-Verordnung, *IPRax* 2001, 81 ff.
- Raum, Rolf/Lindner, Nicola* Rechtsangleichung im Delikts- und Vollstreckungsrecht im Blick auf die EU-Osterweiterung, *NJW* 1999, 465 ff.
- Reich, Norbert* Binnenmarkt als Rechtsbegriff, *EuZW* 1991, 203 ff.
- Reich, Norbert* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267 und C-268/91, *ZIP* 1993, 1815 ff.
- Reich, Norbert* EG-Richtlinien und internationales Privatrecht, in: Lagarde, Paul/Hoffmann, Bernd von (Hrsg.), *Die Europäisierung des internationalen Privatrechts*, Köln 1996, 109 ff.
- Reimann, Matthias* American Private Law and European Legal Unification - Can the United States be a Model?, *MJ* 1996, 217 ff.
- Reimann, Matthias* Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, München 1997

- Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter* Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge, 5. Auflage, Köln 1996
- Remien, Oliver* Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts, JZ 1992, 277 ff.
Grenzen der gerichtlichen Privatrechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, JZ 1994, 349 ff.
Einheit, Mehrstufigkeit und Flexibilität im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, RabelsZ 1998, 627 ff.
European private international law, the European Community and its emerging area of freedom, security and justice, CMLR 2001, 53 ff.
- Ress, Georg* Löst Art. 100a EWGV die Probleme der Rechtsangleichung des einheitlichen Binnenmarktes?, in: Ress, Georg (Hrsg.), Rechtsprobleme der Rechtsangleichung, Saarbrücken 1987
Die neue Kulturkompetenz der EG, DÖV 1992, 944 ff.
- Rideau, Joel* L'incertaine montée vers l'union de droit, in: Rideau, Joel (Hrsg.), De la Communauté de Droit à l'Union de Droit, Paris 2000, 1 ff.
- Rigaux, Francois* „Versorgungsausgleich“ and Art. 12 EC: Discriminations based on the nationality and German private international law, IPRax 2000, 287 ff.
- Riering, Wolfgang* IPR-Gesetze, München 1997
- Roth, Herbert* Zur Anerkennung einer ausländischen Entscheidung über eine Verpflichtung aus einer Bürgschaft, JZ 1999, 1119 ff.
Grundfreiheiten des EG-Vertrages und nationales Zivilprozeßrecht, in: Müller-Graff, Peter-Christian/Roth, Wulff-Hennig (Hrsg.), Recht und Rechtswissenschaften: Signaturen und Herausforderungen zum Jahrtausendbeginn, Heidelberg 2000, 351 ff.
- Roth, Wulff-Hennig* Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht, RabelsZ 1991, 123 ff.
Das Allgemeininteresse im europäischen Internationalen Versicherungsvertragsrecht, VersR 1993, 129 ff.
Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht, ZEuP 1994, 5 ff.
Die Grundfreiheiten und das Internationale Privatrecht - das Beispiel Produkthaftung, in: Schack, Haimo (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, München 2000, 635 ff.
Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privat- und Verfahrensrecht, in: Baur, Jürgen F./Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, München 2002, 47 ff.
Internationales Gesellschaftsrecht nach *Überseering*, IPRax 2003, 117 ff.
- Röthel, Anne* Gleichgeschlechtliche Ehe und ordre public, IPRax 2002, 496 ff.
- Ruffert, Matthias* Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft, Grundrechte - Institutionen - Kompetenzen - Ratifizierung, EuR 2004, 165 ff.
- Rupperecht, Reinhard* Justiz und Inneres, in: Weidenfeld, Werner/Wessels, Werner (Hrsg.), Jahrbuch der Europäischen Integration 1996/97, 193 ff.
- Rüthers, Bernd* Rechtstheorie, München 1999
- Sack, Rolf* Staatliche Regelungen sogenannter „Verkaufsmodalitäten“ und Art. 30 EG-Vertrag, EWS 1994, 37 ff.
Art. 30, 36 EG-Vertrag und das internationale Wettbewerbsrecht, wrp 1994, 281 ff.

- Samtleben, Jürgen* Das Internationale Privatrecht der Börsentermingeschäfte und der EWG-Vertrag, *RabelsZ* 1981, 218 ff.
- Sandrock, Otto* Sitztheorie, Überlagerungstheorie und der EWG-Vertrag -Wasser, Öl und Feuer, *RIW* 1989, 505 ff.
- Santer, Jacques* Vorwort, in: Kirt, Romain (Hrsg.), *Der Vertrag von Amsterdam - Ein Vertrag für alle Bürger, Analysen und Kommentare*, Wien 1998, 7 ff.
- Šarčević, Petar* Unification and „Soft Law“, in: Stoffel, Walter A./Volken, Paul (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, 1990, 87 ff.
- Savigny, Friedrich Karl von* *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 8, Aalen 1981 (2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1849)
- Schack, Haimo* Hundert Jahre Haager Konferenz für IPR, *RabelsZ* 1993, 224 ff.
Internationales Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage, München 2002
Die EG-Kommission auf dem Holzweg von Amsterdam, *ZEuP* 1999, 805 ff.
- Scheich, Manfred* Der Vertrag von Amsterdam - das eher bescheidene Ergebnis eines langen Revisionsprozesses, in: Kirt, Romain (Hrsg.), *Der Vertrag von Amsterdam - Ein Vertrag für alle Bürger, Analysen und Kommentare*, Wien 1998, 67 ff.
- Schelo, Sven* Rechtsangleichung im Europäischen Zivilprozeßrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz, Münster, München 1999
- Schilling, Theodor* Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, *EuGRZ* 2000, 3 ff.
- Schmeiñck, Sabine* Internationales Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht - Berührungspunkte und Konfliktbereiche, in: Coen, Martin (Hrsg.), *Festschrift für Bleckmann, Herne u.a.* 1993, 251 ff.
- Schmidhuber, Peter M.* Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht, *DVBl.* 1993, 417 ff.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard* Der Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1 - Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg 1987, 989 ff.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/
Klein, Franz* *Kommentar zum Grundgesetz*, 9. Auflage, Neuwied 1999
- Schneider, Uwe H.* Zur europäischen und internationalen Angleichung im Privatrecht - dargestellt am Beispiel des Bankvertragsrechts, *Der Weg in die Harmonie oder in die neue Unordnung?*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 10, Bonn 1991
- Schnichels, Dominik* Reichweite der Niederlassungsfreiheit: Dargestellt am Beispiel des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, Baden-Baden 1995
- Schockweiler, Fernand* La Codification du Droit International Privé dans la Communauté Européenne, in: Borrás, Algeria (Hrsg.), *E pluribus unum - Liber amicorum Georges A. L. Droz*, Den Haag 1996, 391 ff.
- Scholz, Ruppert* Der europäische Rechtsstaat, in: Baur, Jürgen/Hopt, Klaus J./Mailänder K. Peter (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Steindorff*, Berlin, New York 1990, 1413 ff.
- Scholz, Rupert /Hoffmann,
Hans* Perspektiven der europäischen Rechtsordnung, *ZRP* 1998, 295 ff.
- Schönfelder,
Wilhelm/Silberberg,
Reinhard* Der Vertrag von Amsterdam - Entstehung und erste Bewertung, *integration* 1997, 203 ff.

- Schröder, Christian* Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht, Frankfurt am Main 1996
- Schulz, Andrea* Die Zeichnung des Haager Kinderschutzübereinkommens von 1996 und der Kompromiss zur Brüssel IIa-Verordnung, FamRZ 2003, 1351 ff.
Die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 (Brüssel II a) – eine Einführung, NJW 2004, Beilage Heft 18, 2 ff.
- Schulz, Martin* Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem Gemeinsamen Markt: eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Grenzen einzelstaatlicher Anknüpfungsmethoden im internationalen Vertrags-, Delikts- und Gesellschaftsrecht am Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika, Frankfurt am Main 2000
- Schulz, Martin/Sester, Peter* Höchststrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im europäischen Gesellschaftsrecht: Durchbruch der Gründungstheorie nach „Überseering“, EWS 2002, 545 ff.
- Schümann, Matthias* Die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit dem europäischen Recht, EuZW 1994, 269 ff.
- Schurig, Klaus* Interessenjurisprudenz contra Interessenjurisprudenz im IPR, RabelsZ 1995, 229 ff.
- Schuster, Gunnar/Stoll, Peter-Tobias* Gemeinschaftskompetenz und Altverträge mit Drittstaaten, RIW 1996, 89 ff.
- Schwartz, Ivo E* Subsidiarität und EG-Kompetenzen - der neue Titel „Kultur“ Medienvielfalt und Binnenmarkt, AfP 1993, 409 ff.
Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft, ZEuP 1994, 559 ff.
EG-Kompetenzen für den Binnenmarkt: Exklusiv oder konkurrierend/subsidiär?, in: Due, Ole (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. 2, Baden-Baden 1995, 1331 ff.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.)* EU-Kommentar, Baden-Baden 2000
- Schweitzer, Michael* Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, 7. Auflage, Heidelberg 2000
- Schwind, Fritz* Neue Tendenzen im IPR, in: Stoffel, Walter A./Volken, Paul (Hrsg.), Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck, Fribourg 1990, 103 ff.
- Seidel, Martin* Die Vollendung des Binnenmarktes der Europäischen Gemeinschaft als Rechtssetzungsprozeß, in: Baur, Jürgen/Hopt, Klaus J./Mailänder K. Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin, New York 1990, 1455 ff.
- Seidel, Gerd/Beck, Alexander* Rechtliche Aspekte der Bildungspolitik der EG, Jura 1997, 393 ff.
- Seif, Ulrike* Das Spannungsverhältnis zwischen Kollisionsrecht und Europarecht, Jahrbuch für junge Zivilrechtswissenschaftler 1997, 225 ff.
- Siehr, Kurt* Rechtsangleichung im IPR durch nationale Kodifikationen, in: Stoffel, Walter A./Volken, Paul (Hrsg.), Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck, Fribourg 1990, 205 ff.
- Sonnenberger, Hans Jürgen* Europarecht und Internationales Privatrecht, ZVglRWiss 1996, 3 ff.
Der Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts, JZ 1998, 982 ff.
- Sonnenberger, Hans Jürgen/Großerichter, Helge* Konfliktlinien zwischen internationalem Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, RIW 1999, 721 ff.

- Spickhoff, Andreas* Der ordre public im internationalen Privatrecht: Entwicklung-Struktur-Konkretisierung, Neuwied 1989
Die Tatortregel im neuen Deliktstollisionsrecht, IPRax 2000, 1 ff.
- Stadler, Astrid* Neues europäisches Zustellungsrecht, IPRax 2001, 514 ff.
Die Revision des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, in: Gottwald, Peter (Hrsg.), Revision des EuGVÜ, Bielefeld 2000, 37 ff.
- Staudenmeyer, Dirk* Europäische Bildungspolitik, BayVBl. 1995, 321 ff.
- Staudinger, Ansgar* Zur Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Bürgerschaftsanspruchs, JR 1999, 373 ff.
Rom, Brüssel, Berlin und Amsterdam: Chiffren eines Europäischen Kollisionsrechts für Verbraucherverträge, ZfRV 2000, 93 ff.
- Staudinger, Julius von* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen EGBGB/IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 13. Auflage, Berlin 1993
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen EGBGB/IPR, Art. 13-18 EGBGB, 13. Auflage, Berlin 1996
- Stein, Eric* Einheitlichkeit und Verschiedenheit des Rechts bei geteilter Macht - die amerikanische Erfahrung, RabelsZ 1986, 166 ff.
- Steindorff, Ernst* Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt, ZHR 1986, 687 ff.
Grenzen der EG-Kompetenzen, Heidelberg 1990
Unvollkommener Binnenmarkt, ZHR 1994, 149 ff.
Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-259, 331 u. 332/91, JZ 1994, 95 ff.
EG-Vertrag und Privatrecht, Baden-Baden 1996
- Stolz, Gerald* Die Ordre Public-Klausel des EuGVÜ in der Rechtsprechung des EuGH - EuGH, NJW 2000, 1853, JuS 2002, 541 ff.
- Stoppenbrink, Katja* Systemwechsel im internationalen Anerkennungsrecht: Von der EuGVVO zur geplanten Abschaffung der Exequatur, ERPL 2002, 641 ff.
- Streinz, Rudolf* Aufbau, Struktur und Inhalt des Vertrages von Amsterdam, in: Hummer, Waldemar (Hrsg.), Die europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, Wien 1998, 47 ff.
Der Vertrag von Amsterdam, EuZW 1998, 137 ff.
Europarecht, 5. Auflage, Heidelberg 2001
EUV/EGV - Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003
- Streinz, Rudolf/Leible, Stefan* Die Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Gemeinschaft - Reflexionen über Reflexionspapiere, EWS 2001, 1 ff.
- Symeonides, Symeon C.* Material Justice and Conflicts justice in Choice of law, in: Borchers, Patrick J./Zekoll, Joachim (Hrsg.), Essays in Honor of Friedrich K. Juenger, New York 2001, 125 ff.
- Tarko, Ihor* Ein Europäischer Justizraum: Errungenschaften auf dem Gebiet der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, ÖJZ 1999, 401 ff.
Die EU als europäischer Justizraum: Errungenschaften auf dem Gebiet der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, in: Barrett, Gavin (Hrsg.),

- Creating a European Judicial Space, Köln 2001, 17 ff.
- Taschner, Hans Claudius* Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft - Rechtsgrundlagen, Ziele, Sachgebiete, Verfahren, in: Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, 1993, 155 ff.
- Taupitz, Jochen* Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, Tübingen 1993
- Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung, *JZ* 1993, 533 ff.
- Privatrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung in Europa?, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 44, Bonn 1995
- Das internationale Produkthaftungsrecht im Zugriff der europäischen Warenverkehrsfreiheit - Abschied vom favor laesi?, *ZEuP* 1997, 986 ff.
- Europäisches Gemeinschaftsrecht versus nationales IPR: Vorgaben der Warenverkehrsfreiheit für den Gestaltungsspielraum des Internationalen Produkthaftungsrechts, *ZEuS* 1998, 17 ff.
- Tebbens, Harry Duintjer* Ein Ziviljustizraum in der Europäischen Union - auf Kosten einer Aushöhlung der internationalen Zusammenarbeit?, in: Baur, Jürgen F./Mansel, Hans-Peter (Hrsg.), *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht*, München 2002, 171 ff.
- ter Steg, Marcus* Eine neue Kompetenzordnung für die EU, *EuZW* 2003, 325 ff.
- Thun-Hohenstein, Christoph* Der Vertrag von Amsterdam, Wien 1997
- Tilch, Horst/Arloth, Frank* Deutsches Rechts-Lexikon, 3. Auflage, München 2001
- Timme, Michael/Hülk, Fabian* Das Ende der Sitztheorie im Internationalen Gesellschaftsrecht? - EuGH, *EuZW* 1999, 216, *JuS* 1999, 1055 ff.
- Verbeke, Alain/Leleu, Yves-Henri* Harmonisation of the Law of succession in Europe, in: Hartkamp, Arthur/Hesselink, Martijn/Hondius, Ewoud/Joustra, Carla/du Perron, Edgar (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, 2. Auflage, Nijmegen 1998, 173 ff.
- Verdross, Alfred/Simma, Bruno* Universelles Völkerrecht, 3. Auflage, Berlin 1984
- Vischer, Frank* Bemerkungen zum Verhältnis von internationaler Zuständigkeit und Kollisionsrecht, in: Stoffel, Walter A./Volken, Paul (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg 1990, 349 ff.
- Vogel, Hans-Josef* Internationales Familienrecht - Änderungen und Auswirkungen durch die neue EU-Verordnung, *MDR* 2000, 1045 ff.
- Volken, Paul* Probleme einer nicht abgestimmten Ratifikationspolitik gegenüber Konventionen EG-fremder Herkunft, in: Bar, Christian von (Hrsg.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München 1990, 131 ff.
- Voss, Rüdiger* Die Bindung der Europäischen Gemeinschaft an vorgemeinschaftliche Verträge ihrer Mitgliedstaaten, *SZIER* 1996, 161 ff.
- Vrellis, Sp.* La justice „matérielle“ dans une codification du droit international privé, in: Borrás, Algeria (Hrsg.), *E pluribus unum - Liber amicorum Georges A. L. Droz*, Den Haag 1996, 541 ff.

- Wagner, Rolf* Die geplante Reform des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens, IPRax 1998, 241 ff.
Ein neuer Anlauf zur Vereinheitlichung des IPR für außervertragliche Schuldverhältnisse auf EU-Ebene, EuZW 1999, 709 ff.
Die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen nach Brüssel II-Verordnung, IPRax 2001, 73 ff.
Die Bemühungen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht um ein Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und ausländische Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, IPRax 2001, 533 ff.
Vom Brüsseler Übereinkommen über die Brüssel I-Verordnung zum Europäischen Vollstreckungstitel, IPRax 2002, 75 ff.
EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen?, RabelsZ 2004, 119 ff.
- Weber, Rolf H.* Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht?, RabelsZ 1980, 510 ff.
- Weller, Marc-Philippe* Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung, IPRax 2003, 206 ff.
- Wilderspin, Michael* Die Vergemeinschaftung des internationalen Schuldrechts (Rom I, Rom II): Stand und Perspektiven, in: Baur, Jürgen F./Mansel, Hans-Peter (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, München 2002, 77 ff.
- Wolf, Manfred* Abbau prozessualer Schranken im Binnenmarkt, in: Grunsky, Walter/Stürmer, Wolf (Hrsg.), Wege zu einem europäischen Zivilprozeßrecht, Tübingen 1992, 33 ff.
- Wilmowsky, Peter von* EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit, RabelsZ 1998, 1 ff.
- Zacker, Christian* Binnenmarkt und Gemeinsamer Markt, RIW 1989, 489 ff.
- Zeppenfeld, Meiko* Die allseitige Anknüpfung von Eingriffsnormen im Internationalen Wirtschaftsrecht, Berlin 2001
- Ziekow, Jan* Der gemeinschaftsrechtliche Status der Familienangehörigen von Wanderarbeitnehmern, DÖV 1991, 363 ff.
- Zimmer, Daniel* Internationales Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1996
Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH, BB 2003, 1 ff.
- Zweigert, Konrad* Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten, RabelsZ 1973, 435 ff.
- Zweigert, Konrad/Drobnig, Ulrich* Einheitliches Kaufgesetz und internationales Privatrecht, RabelsZ 1965, 146 ff.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein* Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996

Einleitung

„Dans la reconstruction de l'Europe le droit international privé a un rôle important à jouer. Mais cette chance, peut-être unique, passera. Il n'y a plus de temps à perdre.“

Bei diesem Zitat handelt es sich nicht etwa, wie man aufgrund seiner Aktualität annehmen könnte, um eine Passage aus den Erwägungsgründen zum Amsterdamer Vertrag, sondern um einen Auszug aus der Einleitung des „Projet d'un code européen de droit international privé“, das Ernst Frankenstein bereits im Jahre 1950 vorgestellt hat¹. Dieses Projekt war als Diskussionsvorlage gedacht, als eine Ermunterung für Wissenschaftler und Politiker Europas, auf dem Gebiet der Harmonisierung der internationalen Privatrechte tätig zu werden.

Ein solches, jedenfalls in den Grundzügen, einheitliches internationales Privatrecht existierte in Europa bereits vom 11./12. Jahrhundert bis hinein in das 19. Jahrhundert². In dieser Zeit herrschte neben dem speziellen *ius particulare* ein einheitliches Privatrecht in Form des *ius commune*³. Aufgabe des zum *ius commune* gehörenden Kollisionsrechts war zunächst die Abgrenzung der Anwendungsbereiche des subsidiär geltenden *ius commune* von den *leges particulares* und später auch die Regelung der Konflikte zwischen den einzelnen Partikularrechten. Dieses gemeineuropäische Kollisionsrecht beruhte auf der so genannten Statuentheorie. Als Folge der großen Privatrechtskodifikationen in Kontinentaleuropa wurde das *ius commune* aufgegeben. Trotz anfänglicher Übernahme geriet im Rahmen der Neukodifikationen auch die Statuentheorie ins Wanken. Parallel mit der Diversifizierung des Privatrechts setzte sich in den einzelnen neuen Gesetzen vielmehr die Lehre *Savignys* durch. Diese geht nicht mehr vom konkreten Anwendungswillen der Norm aus, sondern legt den in Frage stehenden Sachverhalt zugrunde und beurteilt diesen danach, welchem Rechtsgebiet er zuzuordnen ist⁴. Das in der konkreten Situation maßgebende Recht wird damit durch allseitig gefasste Rechtsanwendungsnormen bestimmt⁵. Trotz der gemeinsamen Wurzeln⁶ und des globalen Ansatzes der Lehre von

¹ Frankenstein, *Projet d'un code européen de droit international privé*, 16.

² Kreuzer, *Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 373 (376); ders., *Internationales Privatrecht und europäische Integration*, in: Brieskorn u.a. (Hrsg.), *Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft*, 543 (545). Die erste umfassende nationale Regelung des IPR stellt die Kodifikation des Privatrechtlichen Gesetzbuchs für den Kanton Zürich von 1853/1855 dar, vgl.: Schmeinck, *Internationales Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht - Berührungspunkte und Konfliktbereiche*, in: Coen (Hrsg.), *Festschrift für Bleckmann*, 251 (251).

³ Gounalakis/Radke, *ZVglRWiss* 1999, 1 (9).

⁴ von Savigny, *Das System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 8, 28.

⁵ Kohler, *Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza*, 10.

⁶ Heitmann, *NJW* 2001, 124 (125).

Savigny, gelang es aber nur noch teilweise, einheitliche Rechtssätze zur Anwendung zu bringen. Ein einheitliches europäisches internationales Privatrecht, wie es Frankenstein gefordert hatte, existiert auch im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft noch immer nicht. Insbesondere wurde ein im Jahre 1967 von den Beneluxstaaten eingebrachter und in diese Richtung weisender Vorschlag nur teilweise von der Kommission aufgegriffen⁷.

Seit Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages ist nun eine wahre Kodifikationswelle der Gemeinschaft über Teilgebiete des internationalen Privatrechts, vor allem des internationalen Verfahrensrechts hereingebrochen. Es scheint, als ob gerade diese Materie für eine Weiterentwicklung im Gemeinschaftsrahmen reif war, weil über Jahrzehnte Integrationspotentiale verborgen lagen. Die möglicherweise einzigartige Chance zur Harmonisierung des IPR scheint noch nicht vergangen zu sein.

Ziel dieser Arbeit ist eine umfassende Untersuchung und Bewertung der Neuerungen des Amsterdamer Vertrages, die Einfluss auf das internationale Privatrecht ausüben können. Die Grundlage dafür muss zum einen die bisherige Entwicklung auf europäischer Ebene und zum anderen das Verhältnis des internationalen Privatrechts zum Binnenmarkt bilden. Ohne einen kurzen Blick in die Historie - speziell in die Entwicklung der Zusammenarbeit in Zivilsachen auf europäischer Ebene - kann der Aufschwung in Gestalt des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht hinreichend gewürdigt werden. Die Stellung im Binnenmarkt spielt eine bedeutende Rolle, weil konkrete Vereinheitlichungsbemühungen unter Umständen vergebens sein könnten, wenn sich ein gemeineuropäisches internationales Privatrecht schon aus dessen Vorgaben ergibt und im Übrigen, weil jede Vereinheitlichungsbemühung auf Gemeinschaftsebene die Stärkung des Binnenmarktes zum Ziel haben muss. Dies macht auch der im Zentrum der Ausführungen stehende Art. 65 EG deutlich. Er ist allgemein in den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eingebettet, jede Maßnahme muss dennoch auch für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sein. Diese Norm, auf der die Hoffnungen der Verfechter der Vereinheitlichung ruhen, soll hinsichtlich ihrer Tauglichkeit als Vereinheitlichungskompetenz und ihrer Reichweite analysiert werden. Dabei soll insbesondere ein Weg durch das Labyrinth der Gemeinschaftskompetenzen und des Quellenpluralismus aufgezeigt werden. Die Bejahung der Befugnis der Gemeinschaft führt zu der Frage, wie eine solche Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts denn aussehen kann, insbesondere welche Chancen

⁷ von Bar, IPR I, Rdnr. 196; *Schmeink*, Internationales Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht - Berührungspunkte und Konfliktbereiche, in: Coen (Hrsg.), Festschrift für Bleckmann, 251 (255).

und Möglichkeiten sich unter Zugrundelegung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ergeben.

Unter internationalem Privatrecht ist im Rahmen dieser Arbeit nicht nur das Kollisionsrecht, also die Normen zu verstehen, die bei Sachverhalten mit Verbindung zum Recht eines ausländischen Staates bestimmen, welche Rechtsordnung anzuwenden ist⁸, sondern auch das internationale Zivilverfahrensrecht, insbesondere die internationale Entscheidungszuständigkeit sowie die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen. Beide Materien können nicht unabhängig voneinander betrachtet werden, denn einheitliche Regeln des internationalen Zivilverfahrensrechts können letztlich nur auf der Grundlage von einheitlichen Kollisionsnormen ideal funktionieren⁹.

⁸ Art. 3 Abs. 1 EGBGB; *von Bar*, IPR I, Rdnr. 213.

⁹ *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8, 77; *Kohler*, Die Formung europäischen Kollisionsrechts durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: Reichelt (Hrsg.), Europäisches Kollisionsrecht, 15 (23).

Teil 1 - Die Bedeutung des Amsterdamer Vertrages für die Zusammenarbeit in Zivilsachen

Im ersten Teil wird zunächst die Entwicklung der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Privatrechts dargestellt und auf ihre Bedeutung hin untersucht. Anschließend werden die Neuerungen des Amsterdamer Vertrages näher beleuchtet, wobei insbesondere auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts einzugehen sein wird. Die Änderungen, die sich auf das internationale Privatrecht beziehen, müssen im Zusammenhang mit dem Ziel der Entwicklung dieses Raumes betrachtet werden, da sie durch den Amsterdamer Vertrag in diesen Kontext eingebettet wurden. Insbesondere soll der konkrete Inhalt dieses Terminus geklärt werden.

A. Die Entwicklung der Zusammenarbeit in Zivilsachen bis zum Amsterdamer Vertrag

Bereits vor einer engeren Kooperation auf europäischer Ebene, wie sie mit der Gründung der drei Gemeinschaften (EGKS, EAG, EWG)¹⁰ begann, fand eine Zusammenarbeit im Bereich Zivilsachen durch bi-¹¹ und multilaterale Staatsverträge statt. Die multilateralen Staatsverträge wurden zumeist im Rahmen internationaler Organisationen, wie beispielsweise der Haager Konferenz für internationales Privatrecht¹², geschlossen. Da es sich hier nicht um eine rein europäische internationale Organisation handelt, gelten sie aber nicht nur in Europa, sondern sind weltweit offen. Zudem sind nicht immer alle europäischen Staaten beteiligt¹³.

Erster Meilenstein der rein europäischen Zusammenarbeit in Zivilsachen war die Verabschiedung des EWG-Vertrages aufgrund der sich aus den Vorschriften dieses Vertrages ergebenden Möglichkeiten. Die Tätigkeit im Rahmen der

¹⁰ Am 18.4.1951 wurde der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl unterzeichnet (BGBl. 1952 II, 447). Im Jahre 1957 fand die Unterzeichnung der Römischen Verträge (EWG-Vertrag [BGBl. 1957 II, 766] und EAG-Vertrag [BGBl. 1957 II, 753]) statt.

¹¹ Beispielhaft seien hier genannt: Deutsch-Britisches Abkommen über den Rechtsverkehr vom 20.3.1928 (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 227) und Deutsch-Österreichisches Vormundschaftsabkommen vom 5.2.1927 (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 56).

¹² Zur Rechtsnatur der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht: *von Bar*, IPR I, Rdnr. 53.

¹³ Im Rahmen der Haager Konferenz, auf die später noch näher eingegangen werden soll, wurde z.B. das Haager Abkommen zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze auf dem Gebiet der Eheschließung vom 12.6.1902 (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 30) verabschiedet. Dieses Abkommen wurde ausnahmslos von europäischen Staaten unterzeichnet und gilt heute für Deutschland nur noch im Verhältnis zu Italien. Auch die Genfer Abkommen über Bestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Wechselprivatrechts von 1930, bzw. über Bestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Scheckprivatrechts von 1931 (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 120, 121) gelten beispielsweise nicht in Spanien und dem Vereinigten Königreich, wohingegen Japan und Brasilien diese Übereinkommen ratifiziert haben.

Gemeinschaft wurde durch die Europäische Zusammenarbeit im Bereich der Innenpolitik ergänzt, welche durch die Verabschiedung des Maastrichter Vertrages erstmals institutionalisiert wurde. Dieser Prozess der Intensivierung beendete weder die bilaterale noch die multilaterale Kooperation. Die Zusammenarbeit wurde vielmehr auf eine qualitativ höhere Stufe gestellt.

I. Der Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

Im Jahre 1957 gründeten sechs europäische Staaten die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Gemäß seiner Zielsetzung - der Schaffung eines gemeinsamen Marktes - legte der EWG-Vertrag vorrangig die Grundlagen für eine Kooperation auf wirtschaftlichem Gebiet. Art. 220 EWGV stellte aber auch ein begrenztes Programm zur Ergänzung der Grundfreiheiten durch völkerrechtlich bindende Abkommen der Mitgliedstaaten auf¹⁴. Dieses umfasst unter anderem die Zusammenarbeit in Zivilsachen. Sie kann ihre Grundlage sowohl in dem ersten (Schutz der Personen) als auch dem dritten (gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften) und vierten (die Vereinfachung der Förmlichkeiten für die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung richterlicher Entscheidungen und Schiedssprüche) Spiegelstrich dieser Vorschrift finden.

Bedeutendstes Ergebnis der Nutzung der Handlungsermächtigung des Art. 220 EWG war das Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968 (EuGVÜ)¹⁵. Das inzwischen weiterentwickelte Übereinkommen ist in allen EU-Vertragsstaaten mit Ausnahme von Belgien in der Fassung des vierten Beitrittsübereinkommens in Kraft getreten. Es ist als großer Erfolg zu betrachten¹⁶. Dies zeigt sich insbesondere an der Verabschiedung des inhaltlich fast deckungsgleichen Parallelübereinkommens von Lugano im Jahre 1988 durch die EG- und EFTA-Mitgliedstaaten¹⁷. Das EuGVÜ wurde, wie in seiner Präambel festgeschrieben, im Rahmen des Art. 220 4. Spiegelstrich EWG ausgearbeitet und ist nach dieser Vorschrift in Kraft getreten. Der Inhalt des Übereinkommens geht jedoch insofern über den Handlungsauftrag des Art. 220

¹⁴ Pechstein/Koenig, Die Europäische Union, Rdnr. 346.

¹⁵ ABl. EG 1972 Nr. L 299, 32.

¹⁶ So die h.M. in der Literatur und Politik, statt aller vgl. nur: Basedow, NJW 1996, 1921 (1923); Pirrung, Übereinkommen zur justitiellen Zusammenarbeit, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Privatrechtsangleichung und nationales Privatrecht, 341 (342).

¹⁷ Dieses Übereinkommen erleichterte den ehemaligen EFTA-Staaten Österreich, Schweden und Finnland den Beitritt. Auch im Rahmen der Osterweiterung soll durch den vorherigen Beitritt die Rechtsangleichung erleichtert werden. Während Polen bereits Vertragsstaat geworden ist (dazu: Martiny/Ernst, IPRax 2001, 29), liegen von Tschechien, Ungarn und Estland Beitrittsanträge vor, vgl.: Heiss, Vom EU- zum gesamteuropäischen Privatrecht? - Privatrechtsharmonisierung in der sich erweiternden Union, in: Basedow u.a. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, 123 (139).

EWGV hinaus, als darin nicht nur die Anerkennung und Vollstreckung, sondern auch die (direkte) internationale Zuständigkeit geregelt wird (convention double). Die Argumentation des EuGH weist in die Richtung, dass einheitliche Zuständigkeitsregelungen die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen erleichtern¹⁸. Dem ist unter Hinweis auf das prozessuale, sach- und kollisionsrechtliche Gefälle innerhalb der Gemeinschaft und die dadurch eröffnete Möglichkeit des forum shopping zuzustimmen.

Das zweite wichtige IPR-relevante Abkommen, das Römische Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980, wurde in Ausführung von Art. 220 1. und 4. Spiegelstrich EGV ausgearbeitet. Der sich nur auf das Verfahrensrecht beziehende 4. Spiegelstrich, wurde in Betracht gezogen, weil die durch das EuGVÜ eröffnete Möglichkeit des forum shopping im Rahmen des Vertragsrechts durch dieses Übereinkommen wieder eingedämmt wird. Daher besteht ein enger Zusammenhang zur Anerkennung und Vollstreckung. Der Schutz der Person im Sinne des 1. Spiegelstriches kann durch eine einheitliche Bestimmung der Schutzrechtsordnung gewährleistet werden, da dies die Rechtssicherheit erhöht und die Durchsetzung privater Rechte erleichtert¹⁹. Das Übereinkommen selbst enthält jedoch keine Bezugnahme auf Art. 220 EWG, da einige Mitgliedstaaten auch Drittstaaten die Möglichkeit des Beitritts offen halten und die Verweisung an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vermeiden wollten²⁰.

Das „Europäische Übereinkommen über Insolvenzverfahren“ beruht auf Art. 220 4. Spiegelstrich EGV. Das Übereinkommen wurde am 23.11.1995 verabschiedet, ist jedoch mangels Ratifikation durch das Vereinigte Königreich nicht in Kraft getreten²¹. Das Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen wurde dagegen auf Grundlage des 3. Spiegelstrichs im Jahre 1968 ausgearbeitet und auch unterzeichnet. Aufgrund der

¹⁸ EuGH, Rs. C-398/92, Urt. v. 10.2.1994 - Mund&Fester - Slg. 1994, I - 467 (478, Rdnr. 11).

¹⁹ Kreuzer, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts - Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 373 (436).

²⁰ Schwartz/Möller, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Bd. 4, Art. 293 Rdnr. 71, sieht dies als unzulässig an. Auch Kreuzer, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts - Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 373 (436), bezeichnet Art. 220 1. Spiegelstrich als maßgebliche Grundlage für eine IPR-Vereinheitlichung.

²¹ Der Text des Übereinkommens findet sich in: ZIP 1996, 976 ff. Der Grund für die Weigerung der britischen Regierung war nicht ein fehlender Konsens über den Inhalt des Übereinkommens, sondern der Streit über das Importverbot für Rindfleisch, vgl.: Huber, ZZP 2001, 133 (133); Linke, Die Europäisierung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts – Traum oder Trauma?, in: Schütze (Hrsg.), Festschrift für Geimer, 529 (536).

fehlenden Ratifikation durch die Niederlande ist aber auch dieses Abkommen nicht in Kraft getreten²².

Art. 220 EWGV und Art. 220 EGV bilden damit die Grundlage für zwei bedeutende europäische Übereinkommen auf dem Gebiet des IPR - das EuGVÜ und das EVÜ - wobei letzteres in der ratifizierten Fassung nicht auf diese Vorschriften gestützt wurde.

II. Intergouvernementale Zusammenarbeit in der Innen- und Justizpolitik

Im Rahmen der Außenpolitik intensivierte sich die Kooperation der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft durch die Europäische Politische Zusammenarbeit²³, die schon die Einheitliche Europäische Akte im Jahre 1986 erstmals auf eine völkerrechtlich verbindliche Grundlage stellte²⁴. Die Zusammenarbeit in der Innenpolitik war dagegen weniger institutionalisiert gestaltet, sondern vielmehr fragmentarisch und unregelmäßig²⁵. Eine zentrale Rolle für das Zivilrecht sollte die Mitte der siebziger Jahre gebildete Gruppe „Justizielle Zusammenarbeit“ spielen. Deren Aufgabe bestand darin, Möglichkeiten zur Vereinfachung der Rechtshilfeverfahren und zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften zu finden²⁶. Sie beschränkte ihre Arbeit aber zunächst auf Bestandsaufnahmen und gegenseitige Unterrichtungen, entwickelte sich jedoch insofern weiter, als Absprachen beispielsweise über die Ratifikationen des Übereinkommens des Europarates über die Anerkennung und Vollstreckung von Sorgerechtsentscheidungen vom 20.5.1980²⁷ und des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen vom 25.10.1980²⁸ zwischen den EWG-Mitgliedstaaten getroffen wurden²⁹. Die von der Gruppe selbst ausgearbeiteten³⁰ Übereinkommen sind aber von geringer praktischer Relevanz. Das ist vor allem darauf zurückzuführen, dass in den ausgewählten Materien bereits auf weltweite Geltung

²² An den unter Art. 220 EWG geschlossenen Übereinkommen müssen immer alle Mitgliedstaaten beteiligt sein, so dass der Vertrag nicht in Kraft treten kann, wenn ein Mitgliedstaat nicht ratifiziert, vgl.: *Schwartz/Möller*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag Bd. 4, Art. 293, Rdnr. 18.

²³ Diese hatte ihre Ursprünge auf der EG-Gipfelkonferenz von Den Haag im Jahre 1969. Näher dazu: *Pechstein/Koenig*, Die Europäische Union, Rdnr. 257.

²⁴ *Pechstein/Koenig*, Die Europäische Union, Rdnr. 259.

²⁵ *Monar*, integration 2000, 18 (18).

²⁶ *Nanz*, integration 1992, 126 (129); *Akman*, JA 1994, 49 (51); *Tarko*, Die EU als europäischer Justizraum: Errungenschaften auf dem Gebiet der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, in: Barrett (Hrsg.), Creating a European Judicial Space, 17 (18); *Kraus-Vonjahr*, Der Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa, 47. Sie alle ordnen die Gruppe der EPZ zu.

²⁷ *Jayme/Hausmann* (Hrsg.), Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 184.

²⁸ *Jayme/Hausmann* (Hrsg.), Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 222.

²⁹ *Tarko*, ÖJZ 1999, 401 (402); *Linke*, Die Europäisierung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts – Traum oder Trauma?, in: Schütze (Hrsg.), Festschrift für Geimer, 529 (539).

³⁰ *Nanz*, integration 1992, 126 (129).

angelegte Übereinkommen bestanden³¹, so dass kein wirklicher Fortschritt ersichtlich war.

Im außergemeinschaftlichen Rahmen stagnierte also trotz vereinzelter Bemühungen die Zusammenarbeit in Zivilsachen auf europäischer Ebene. Die Hauptursache ist wohl darin zu sehen, dass andere Bereiche der Innen- und Justizpolitik aufgrund der politischen Veränderungen in den achtziger und neunziger Jahren und der zunehmenden Durchlässigkeit der Grenzen zur Verwirklichung des Binnenmarktes an Bedeutung gewannen³². So wurden durch die Schengener Abkommen³³ Kontrollerleichterungen an den Binnengrenzen und die entsprechenden Ausgleichsmaßnahmen vereinbart. Im Dubliner Abkommen³⁴ wird die Zuständigkeit für die Prüfung eines in der Union gestellten Asylantrages geregelt. Die Zusammenarbeit in Zivilsachen war vor diesem Hintergrund auf intergouvernementaler Ebene von untergeordneter Bedeutung.

III. Der Maastrichter Vertrag

Durch den Maastrichter Vertrag³⁵ wurde die Europäische Union gegründet, die nach der Säulentheorie³⁶ aus der supranationalen Säule der drei Gemeinschaften und zwei mit dieser durch das Kohärenzgebot und den einheitlichen institutionellen Rahmen verbundenen intergouvernementalen Säulen besteht. Dies sind zum einen die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (2. Säule) und zum anderen - bis zum Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages - die Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres (3. Säule). Diese neue Struktur trug dem politischen Willen Rechnung, die Wirtschaftsintegration um andere Bereiche der staatlichen Aufgabenwahrnehmung zu ergänzen und damit das

³¹ So hat etwa das Übereinkommen zur Befreiung von Urkunden von der Legalisation in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften vom 25.5.1987 den gleichen Regelungsgehalt wie das am 5.10.1961 verabschiedete Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 250). Des Weiteren bestehen hier zahlreiche bilaterale Übereinkommen (eine Aufzählung der von Deutschland abgeschlossenen bilateralen Verträge findet sich bei Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 253, Fn. 1). Das Übereinkommen über die Vereinfachung des Verfahrens zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen vom 6.11.1990 entspricht inhaltlich weitgehend dem New Yorker UN-Übereinkommen über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland vom 20.6.1956 (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 220). Beide europäischen Übereinkommen sind noch immer nicht in Kraft getreten.

³² Monar, *Integration* 2000, 18 (19).

³³ Das Schengener Regierungsübereinkommen (GMBI. 1986, 79) wurde zwischen Deutschland, Frankreich und den Beneluxstaaten am 14.6.1986 geschlossen. Das Durchführungsabkommen wurde am 19.6.1990 unterzeichnet (BGBl. II 1993, 1013). Spanien, Portugal, Griechenland, Österreich, Dänemark, Finnland und Schweden traten später bei.

³⁴ BGBl. 1994 II, 792.

³⁵ BGBl. 1992 II, 1253.

³⁶ Dabei wird teilweise von zwei, aber auch von drei oder fünf Säulen ausgegangen. Andere verwenden die Bilder eines Mantels oder einer Plattform. Ausführlich dazu: *Pechstein/Koenig*, Die Europäische Union, Rdnr. 99.

Aufgabenfeld der Gemeinschaft zu vervollständigen³⁷. Die Zusammenarbeit in Zivilsachen wurde durch Art. K.1 Ziff. 6 EUV/Maastricht in die 3. Säule eingebunden. Die intergouvernementale Basis wurde damit für diese Materie beibehalten, jedoch neue Instrumente und ein institutionalisierter organisatorischer Rahmen geschaffen, der die Voraussetzungen für eine engere Zusammenarbeit mit den anderen Säulen bereitete³⁸.

1. Instrumente der Zusammenarbeit

Art. K.3 EUV/Maastricht legte - nicht abschließend³⁹ - bestimmte Entscheidungsverfahren und Instrumente als Mittel zur Verwirklichung der Ziele der Union fest. Auf der untersten Stufe der Zusammenarbeit waren weiterhin die Konsultation und Koordination angesiedelt, die jedoch nunmehr ohne eine zwischengeschaltete diplomatische Ebene⁴⁰ direkt zwischen den Innen- und Justizministern stattfinden konnten⁴¹. Um eine weitergehende Zusammenarbeit zu gewährleisten, wurden die im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik entwickelten gemeinsamen Standpunkte (politisch und rechtlich übereinstimmende Beurteilung, aus der Schlussfolgerungen für das weitere gemeinsame politische und administrative Vorgehen gezogen wurden⁴²) und gemeinsamen Maßnahmen (gemeinsames Vorgehen der zuständigen einzelstaatlichen Behörden, wodurch innerhalb eines gegebenen Zeitraums mit bestimmten Mitteln ein konkretes gemeinsames Ziel erreicht werden sollte⁴³) in die dritte Säule übernommen. Die rechtliche Bindungswirkung dieser Instrumente war jedoch umstritten⁴⁴. Eine solche hatten demgegenüber unproblematisch die vom Rat ausgearbeiteten und von den Mitgliedstaaten angenommenen völkerrechtlichen Übereinkommen. Ihr Vorteil gegenüber den außerhalb des Unionsrahmens ausgearbeiteten Übereinkommen bestand darin, dass sie nach der Annahme im Rat nicht nochmals abgeschlossen und unterzeichnet werden

³⁷ *di Fabio*, DÖV 1997, 89 (89).

³⁸ *Winkler*, in: Bergmann/Lenz (Hrsg.), Der Amsterdamer Vertrag vom 2. Oktober 1997, Kapitel 2, Rdnr. 3.

³⁹ *Degen*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EGV und EUV, 5. Aufl., Bd. 5, Artikel K.3, Rdnr. 3.

⁴⁰ *Winkler*, in: Bergmann/Lenz (Hrsg.), Der Amsterdamer Vertrag vom 2. Oktober 1997, Kapitel 2, Rdnr. 4.

⁴¹ *Gimbal*, Innen- und Justizpolitik - die dritte Säule der Europäischen Union, in: Weidenfeld (Hrsg.), Maastricht in der Analyse, 71 (78).

⁴² *Degen*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EGV und EUV, 5. Aufl., Bd. 5, Artikel K.3, Rdnr. 4.

⁴³ *Degen*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EGV und EUV, 5. Aufl., Bd. 5, Artikel K.3, Rdnr. 5.

⁴⁴ Dazu umfassend: *Klos*, Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten der Europäischen Migrationspolitik, 54 ff.; *Hailbronner*, in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff (Hrsg.), Handkommentar zum Vertrag über die europäische Union (EUV/EGV), Art. K, Rdnr. 76 ff., 92 ff.

mussten⁴⁵. Im Gegensatz zu den Abkommen nach Art. 220 EGV war für das Inkrafttreten zudem keine Ratifizierung aller Mitgliedstaaten erforderlich⁴⁶. Neben diesen aufgeführten Instrumenten konnte der Rat in geeigneter Form und nach geeigneten Verfahren jede Art der Zusammenarbeit fördern, was er zum Anlass nahm, in Form von „Entschliefungen“, „Empfehlungen“ und „Schlussfolgerungen“ zu handeln und in diesem Rahmen insbesondere Rechtsstandpunkte anzugleichen⁴⁷.

2. Ergebnisse der Zusammenarbeit

Durch die einheitliche Basis und Entwicklung neuer Instrumente war die Zusammenarbeit in Zivilsachen wieder in stärkerem Maße in das Blickfeld gelangt. Auch wenn deshalb nunmehr auf diesem Gebiet mit bedeutenderen Ergebnissen zu rechnen war, muss man feststellen, dass diese Erwartung weitestgehend enttäuscht wurde⁴⁸. Lediglich zwei Übereinkommen wurden ausgearbeitet und unterzeichnet. Hierbei handelt es sich um das Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen und das Übereinkommen über die internationale Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen⁴⁹. Der Regelungsgehalt beider Übereinkommen stellt zwar einen wesentlichen Fortschritt dar, jedoch sind sie nicht mehr in Kraft getreten⁵⁰. Ihre Bedeutung liegt damit vornehmlich in der Vorarbeit zu den Gemeinschaftsrechtsakten, die bereits kurz nach dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages erlassen wurden und sie ersetzen⁵¹.

Weiterhin traten zwei Gemeinsame Maßnahmen in Kraft⁵², welche sich auf den Austausch von Verbindungsrichtern/-staatsanwälten und die Festlegung eines

⁴⁵ Degen, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EGV und EUV, 5. Aufl., Bd. 5, Artikel K.3, Rdnr. 10, 12.

⁴⁶ de Groot, MJ 1997, 1 (2).

⁴⁷ Klos, Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten der Europäischen Migrationspolitik, 65.

⁴⁸ Eine genaue Analyse der Gründe erfolgt unter: Teil 1, B.I. Zu demselben Ergebnis gelangen: Wiedmann, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 61, Rdnr. 10; Monar, Reformziel Innere Sicherheit: Die Notwendigkeit einer gemeinsamen Innen- und Sicherheitspolitik, in: Jopp/Schmuck (Hrsg.), Die Reform der Europäischen Union, 59 (69).

⁴⁹ Das Zustellungsübereinkommen wurde am 26.5.1997 (ABl.EG 1997 Nr. C 261, 1 ff.), das Übereinkommen über die internationale Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen am 28.5.1998 (ABl.EG 1998 Nr. C 221, 19 ff.) unterzeichnet.

⁵⁰ Die Bestimmungen des Übereinkommens über die internationale Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen wurden aber zwischen Frankreich und Deutschland nach Art. 47 Abs. 4 des Übereinkommens in Kraft gesetzt, vgl.: Drappatz, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 38.

⁵¹ Zu diesem Punkt: Teil 3, C.

⁵² ABl.EG 1996 Nr. L 105, 1 ff.; ABl.EG 1996 Nr. L 287, 3 ff. Zusätzlich wurden generell zur Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres gemeinsame Maßnahmen erlassen (beispielsweise: ABl.EG 1998 Nr. L 191, 4; ABl.EG 1995, Nr. L 238, 1).

Förderprogramms für Rechtsberufe bezogen. Entschließungen legten mehrfach die Prioritäten der Zusammenarbeit fest⁵³. Es ist mithin zu konstatieren, dass die möglichen Handlungsinstrumente nicht oder in nur quantitativ geringem Umfang genutzt wurden, so dass ein erhebliches Missverhältnis zwischen den Herausforderungen und den Ergebnissen bestand⁵⁴.

IV. Ergebnis

Die Zusammenarbeit in Zivilsachen entwickelte sich nur langsam. Es gab zwar im Gemeinschaftsrahmen mit dem EuGVÜ und später dem EVÜ zwei Erfolge zu verzeichnen, doch war dies in quantitativer Hinsicht zu wenig, um entscheidend zum Fortschreiten des Integrationsprozesses im Bereich des Zivilrechts beizutragen. Die intergouvernementale Zusammenarbeit und der Maastrichter Vertrag, der eine neue Basis und neue Instrumente schuf, erweiterten zwar die Möglichkeiten der Kooperation. Diese Möglichkeiten haben die Mitgliedstaaten aber nur in einem geringen Umfang genutzt. Die erreichten Ergebnisse waren keineswegs zufrieden stellend: Der größte Teil der ausgearbeiteten Übereinkommen wurde nicht ratifiziert oder sie bewegten sich weitgehend in den Bahnen früherer Staatsverträge. Das entsprach dem Integrationsbedürfnis nur teilweise.

B. Gründe und Ziele der Neuerungen

Schon der Maastrichter Vertrag sah in Art. N Abs. 2 i. V. m. Art. B 5. Spiegelstrich eine Regierungskonferenz vor, in der die durch den Vertrag eingeführten Politiken und Formen mit dem Ziel revidiert werden sollten, die Wirksamkeit der Mechanismen und Organe der Gemeinschaft sicherzustellen. Die auf der Tagung des Europäischen Rates in Turin im Jahre 1996 eröffnete Regierungskonferenz beschränkte sich jedoch nicht auf dieses vorgegebene Ziel, sondern sah darüber hinaus die Notwendigkeit, auf neue Herausforderungen zu reagieren⁵⁵, also die Union den „Gegebenheiten von heute und den Erfordernissen von morgen“ anzupassen⁵⁶.

⁵³ Bsp.: ABl.EG 1996 Nr. C 319, 1 ff.

⁵⁴ Dies entspricht auch den Folgerungen der Reflexionsgruppe in Bezug auf die gesamte Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres, (REFLEX 20) 519/95, ADD 1, 1 (17).

⁵⁵ Denkschrift der Bundesregierung zum Amsterdamer Vertrag, BR-Drs. 784/1997, 139.

⁵⁶ Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Madrid, Bulletin der EU 1/1996.

I. Sicherstellung der Wirksamkeit der Mechanismen

Die Revision der Regelungen der bis zu diesem Zeitpunkt nicht zufrieden stellenden Zusammenarbeit in Zivilsachen, sollte sich an den Ursachen der Wirkungslosigkeit der Zusammenarbeit im Rahmen der dritten Säule orientieren.

1. Fehlen von Zielen

Das Hauptproblem der Arbeit innerhalb der intergouvernementalen Säulen war das weitestgehende Fehlen von inhaltlichen Vorgaben⁵⁷. In Art. K.1 EUV/Maastricht war nur ausgeführt, dass die Zusammenarbeit der Verwirklichung der Ziele der Union dienen und dass im gemeinsamen Interesse gehandelt werden soll. Diese Vorgaben waren nicht nur sehr unbestimmt, auch konnte sich unter der Prämisse einer Arbeit mit dem Ziel der Entwicklung einer engen Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres (Art. B 4. Spiegelstrich EUV/Maastricht) ein Zirkelschluss ergeben⁵⁸. Da es auch den Mitgliedstaaten nicht gelang, weitere konkrete gemeinsame Ziele zu entwickeln, existierte kein einheitliches Gesamtkonzept, ohne das sich die Zusammenarbeit nur bruchstückhaft und ohne längerfristige Prioritäten entwickeln konnte⁵⁹.

2. Ineffektivität der Instrumente der ZBJI

Die durch den Vertrag von Maastricht zur Verfügung gestellten Instrumente⁶⁰, die neben dem einheitlichen institutionellen Rahmen die bedeutendste Neuerung im Vergleich zur vorher bestehenden Situation waren, entsprachen nicht den Bedürfnissen und wurden deshalb selten genutzt. Die Konsultation und Koordination waren nicht verbindlich. Sie erlangten lediglich als Vorstufe zu rechtsverbindlichem Handeln Bedeutung. Auch Entschließungen, Empfehlungen und Schlussfolgerungen waren nur „soft law“, dessen innerstaatliche Umsetzung nicht kontrolliert werden konnte⁶¹. Das Problem der Rechtsverbindlichkeit stellte sich ebenso bei den gemeinsamen Standpunkten und gemeinsamen Maßnahmen, deren Rechtswirkungen unklar waren⁶². Staatsverträge bedürfen zum Inkrafttreten der Ratifikation der teilnehmenden Staaten. Dadurch ist der Zeitpunkt für das

⁵⁷ So auch: Bericht der Reflexionsgruppe, (REFLEX 20) 519/95 ADD 1, 1 (17).

⁵⁸ Hailbronner, in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff (Hrsg.), Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, Art. K Rdnr. 14.

⁵⁹ Monar, Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Die Innen- und Justizpolitik nach Amsterdam, in: Jopp/Maurer/Schmuck (Hrsg.), Die Europäische Union nach Amsterdam, 127 (129).

⁶⁰ Teil 1, A.III.1.

⁶¹ Klos, Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten der Europäischen Migrationspolitik, 37.

⁶² Siehe Ausführungen Teil 1, A.III.1.

Inkrafttreten oft verspätet⁶³ und ungewiss⁶⁴. Nach Inkrafttreten besteht das Risiko von Kündigungen seitens einzelner Vertragsstaaten⁶⁵.

Neben diesen spezifischen Mängeln war das Erfordernis der Einstimmigkeit ein allgemeines Problem aller Instrumente der intergouvernementalen Zusammenarbeit⁶⁶. Es verhinderte zum einen überhaupt das Zustandekommen von Entscheidungen und, wenn solche tatsächlich getroffen wurden, bewirkte es zum anderen, dass sich diese nur auf dem Mindestniveau bewegten, da über kontroverse Fragen oft keine Einigung erzielt werden konnte.

3. Fehlende Mitwirkung des Parlaments und der Kommission

Im Rahmen der ZBJI war der Rat das primäre Entscheidungsorgan, das den Mittelpunkt der Zusammenarbeit darstellte⁶⁷. Innerhalb des Rates wurde die Arbeit durch einen Koordinierungsausschuss hoher Ministerialbeamter (K.4-Ausschuss) umgesetzt⁶⁸.

Die Kommission musste sich im Gegensatz zu ihrer Stellung im EG-Vertrag im Rahmen der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit den Mitgliedstaaten das Initiativrecht teilen. Dieser Mechanismus eröffnete die Möglichkeit, die Verantwortung für die Weiterentwicklung bestimmter Materien abzuschieben⁶⁹. Dies führte wiederum dazu, dass sich keine partikuläre Sachkompetenz in diesen Materien entwickelte⁷⁰, was wieder eine Schwäche auf dem Gebiet der Vorbereitung der Rechtsakte nach sich zog.

Die Mitwirkungsbefugnis des Europäischen Parlaments im Gesetzgebungsprozess war gering. Art. K.6 EUV/Maastricht gab dem Parlament zwar ein Recht auf Unterrichtung, Anhörung und Berücksichtigung von dessen Meinung zu wichtigen Aspekten. Diese Beteiligung stellte aber keine

⁶³ Die durchschnittliche Dauer bis zum Inkrafttreten eines Staatsvertrages beträgt fünf Jahre, vgl.: *Kriegk*, *Petits Affiches* 1999, 4 (5).

⁶⁴ Stellungnahme der Kommission zur Eröffnung der Regierungskonferenz vom 28.2.1996, KOM (1996), 90 endg.; *Lepoivre*, *Cah. dr. europ.* 1995, 323 (334).

⁶⁵ *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 20.

⁶⁶ *Monar*, Reformziel Innere Sicherheit: Die Notwendigkeit einer gemeinsamen Innen- und Sicherheitspolitik, 59 (62). Ausnahmen bestanden hier bezüglich der Durchführungsbestimmungen zu Übereinkommen und gemeinsamen Maßnahmen, Art. K.3 Abs. 2 lit. b und c.

⁶⁷ *di Fabio*, *DÖV* 1997, 89 (94).

⁶⁸ *Heß*, *NJW* 2000, 23 (25). Der K.4 Ausschuss wiederum bildete Arbeitsgruppen. Zwischen diesen und dem Ausschuss bestand ein weiterer Ausschuss. Dieses komplizierte Gebilde führte zu einer Verlangsamung des Prozesses und einem hohen Energieverlust, vgl.: *Lepoivre*, *Cah. dr. europ.* 1995, 323 (336). *Monar*, Reformziel Innere Sicherheit: Die Notwendigkeit einer gemeinsamen Innen- und Sicherheitspolitik, 59 (62).

⁶⁹ So wohl auch: *Lepoivre*, *Cah. dr. europ.* 1995, 323 (336).

⁷⁰ *Labayle*, *RTDeur* 1997, 1 (12).

Wirksamkeitsvoraussetzung für den Rechtsakt dar⁷¹. Das Parlament selbst konnte darüber hinaus lediglich Anfragen stellen und Empfehlungen geben.

4. Keine Sanktionsmöglichkeiten

Die Kompetenzen des EuGH bezogen sich gemäß Art. L EUV/Maastricht weder auf die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik, noch auf die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres. Ein dem Art. 226 EG (früher Art. 169 EGV) entsprechendes Verfahren, in dem Mitgliedstaaten für ein Fehlverhalten zur Rechenschaft gezogen werden können, existierte in diesen Bereichen nicht. Hatten die Mitgliedstaaten somit die verabschiedeten Maßnahmen nicht umgesetzt oder die sich aus den Maßnahmen ergebenden Verpflichtungen verletzt, so mussten sie sich dafür nicht vor dem EuGH verantworten. Auch die Unionsrechtsakte selbst waren nicht justitiabel. Daneben bestand weiterhin keine Möglichkeit für den EuGH, das Unionsrecht auszulegen⁷². Damit entstand die Gefahr der uneinheitlichen Anwendung vereinheitlichten Rechts. Die Mitgliedstaaten konnten lediglich im Rahmen von Übereinkommen eine Auslegungskompetenz des EuGH konkret für diese bestimmen (Art. K.3 Abs. 2 lit.c Uabs. 3).

5. Keine zeitliche Bestimmung

In der ZBJI fehlte es an einer Bestimmung, die einen zeitlichen Rahmen vorsah, innerhalb dessen die Mitgliedstaaten tätig werden müssen. Mangels des erforderlichen Drucks verzögerten sich die Handlungen.

6. Komplizierter Finanzierungsschlüssel

Gemäß Art. K.8 Abs. 2 EUV/Maastricht gingen die Verwaltungsausgaben zu Lasten des Haushalts der Europäischen Gemeinschaft, operative Ausgaben mussten dagegen von den Mitgliedstaaten nach einem festzulegenden Schlüssel getragen oder durch einen einstimmigen Beschluss dem EG-Haushalt angelastet werden. Dieses Verfahren war kompliziert und im Vergleich zu den geringen Ausgaben auch unnötig⁷³.

⁷¹ Dazu näher: *Degen*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EGV und EUV, 5. Aufl., Bd. 5, Artikel K.6, Rdnr. 7.

⁷² Eine Ausnahme besteht hier für die Übereinkommen, für die die Mitgliedstaaten gemäß Art. K.3 Abs. 2 lit. c EUV festlegen konnten, dass eine Zuständigkeit des EuGH zur Auslegung besteht.

⁷³ So auch: *Lepoivre*, Cah. dr. europ. 1995, 323 (338).

7. Exklusive Probleme der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen

Im Vergleich zu anderen Materien der ZBJI stand die Zusammenarbeit in Zivilsachen, wie auch schon vor Inkrafttreten des Maastrichter Vertrages⁷⁴, eher am Rande des Interesses der Bürger und damit auch der Politik. Die öffentliche Meinung nahm vor allem das Sicherheitsrisiko wahr⁷⁵. Deshalb wurden die Prioritäten auf die Bewältigung der Einwanderungsprobleme, der Kontrolle an den Außengrenzen und den Kampf gegen die organisierte Kriminalität gesetzt. Eine wichtige Rolle hierbei spielten die Durchführung und Durchsetzung der Schengener Abkommen⁷⁶.

Ein weiteres Problem der Zusammenarbeit im Rahmen der Union war das Verhältnis zu anderen, außerhalb der Union stehenden Normen und Institutionen⁷⁷. Die Haager Konferenz für internationales Privatrecht und der Europarat waren parallel zur dritten Säule des EUV in denselben Materien tätig. Das Ziel der Haager Konferenz besteht in einer weltweiten Harmonisierung international-privatrechtlicher Normen⁷⁸. Es stellte sich deshalb durch die fortschreitende europäische Integration verstärkt die Frage, ob und wie weit sich die justitielle Zusammenarbeit der EU-Vertragsstaaten von einer weltweiten Vereinheitlichung abkoppeln sollte und konnte⁷⁹. Zwar zeigte Art. K.5 EUV/Maastricht, nach dem innerhalb von internationalen Organisationen und auf internationalen Konferenzen gemeinsame Standpunkte zu vertreten sind, dass die Mitarbeit nicht ausgeschlossen oder boykottiert werden sollte. Dies kann sogar als eine Förderung gesehen werden. Jedoch waren die Einzelheiten des Verhältnisses der verschiedenen Institutionen unklar und es bestand ein erheblicher Koordinierungsbedarf in Vorbereitung auf diese Konferenzen.

Die Kompetenz der Zusammenarbeit in Zivilsachen der dritten Säule bestand neben denen des EG-Vertrages. Art. 220 EGV (jetzt Art. 293 EG)⁸⁰ blieb nach Art. K.3 Abs. 2 lit. c EUV/Maastricht ausdrücklich unberührt und beauftragte die Mitgliedstaaten, weiterhin im Bereich des Privatrechts zu handeln. Bei einem Vorgehen nach dieser Vorschrift war jedoch keine Anhörung des Europäischen

⁷⁴ Teil 1, A. II.

⁷⁵ *Meyring*, EuR 1999, 309 (321).

⁷⁶ Das Schengener Regierungsübereinkommen wurde zwischen Deutschland, Frankreich und den Beneluxstaaten am 14.6.1986 geschlossen. Das Durchführungsabkommen wurde am 19.6.1990 unterzeichnet. Spanien, Portugal, Griechenland, Österreich, Dänemark, Finnland und Schweden traten später bei.

⁷⁷ Zum Gerichtsstands- und Vollstreckungsabkommen für Ehesachen: *Dittrich*, Der Schutz der Unionsbürger durch die justitielle Zusammenarbeit, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, 101 (106).

⁷⁸ Dies ergibt sich aus Art. 1 und 2 der Satzung der Haager Konferenz (BGBl. 1959 II, 981).

⁷⁹ *Heß*, NJW 2000, 23 (26).

⁸⁰ Teil 1, A.I.

Parlaments notwendig und es bestand kein Initiativrecht der Kommission, so dass eine Abgrenzung stattfinden musste. Diese gestaltete sich problematisch⁸¹. Es war wohl ein Vorrang des Art. 220 EGV in den konkret genannten Gebieten anzunehmen, da dieser Regelungsauftrag, der den Anwendungsbereich konkret auf bestimmte Gebiete beschränkte, sonst leer gelaufen wäre. Neben den Mitgliedstaaten konnte darüber hinaus auch die Gemeinschaft aufgrund der ihr im EG-Vertrag verliehenen Kompetenz auf bestimmten privatrechtlichen Gebieten zur Verwirklichung des Binnenmarktes punktuelle Regelungen treffen, die IPR-Normen enthalten⁸². Selbst wenn nach Art. K.1 EUV/Maastricht die Zusammenarbeit in der dritten Säule unbeschadet der Zuständigkeiten der Gemeinschaft stattfinden sollte, führte dies in praxi dazu, dass bei einer konkurrierenden Zuständigkeit die Kompetenzgrundlage (Gemeinschaftsrecht oder Recht der dritten Säule) nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten und nicht nach Rechtsregeln gewählt wurde⁸³.

II. Reaktion auf neue Herausforderungen

In dem sich im Integrationsprozess befindlichen Europa sollte die Regierungskonferenz weiterhin auf die sich stellenden Herausforderungen eingehen⁸⁴. Sie beschränkte sich aber selbst, indem sie von vornherein einige der aktuellen Themen ausschloss, wie beispielsweise die Osterweiterung und die Reform des Finanzierungssystems⁸⁵. Die Regierungskonferenz konzentrierte sich vielmehr u.a. auf die Globalisierung der Wirtschaft und die damit zusammenhängende Beschäftigungspolitik und Wettbewerbsfähigkeit, die Bekämpfung von Terrorismus, Drogenhandel und internationalen Verbrechen,

⁸¹ Dazu ausführlich: *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 40 ff. *Hailbronner*, in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff, Handkommentar EUV/EGV, Art. K EUV, Rdnr. 56, geht von einem Komplementärverhältnis aus. Art. K.1 EUV ermächtigt zum Erlass von Vorschriften zu Organisations- und Verfahrensfragen, während Art. 220 EGV eine Vereinheitlichung materiellrechtlicher Normen anstrebt. Wohl auch: *Dittrich*, Der Schutz der Unionsbürger durch die justitielle Zusammenarbeit, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, 101 (106), der jedoch eine weite („offene“) Auslegung des Art. K.1 Nr. 6 EUV fordert.

⁸² Beispielsweise: Richtlinie über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates verbrachten Kulturgütern (ABl.EG 1993 Nr. L 74, 74 ff.), Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl.EG 1993 Nr. L 95, 29 ff.), Richtlinie zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien (ABl.EG 1994 Nr. L 280, 83 ff.), Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschluß im Fernabsatz (ABl.EG 1997 Nr. L 144, 19 ff.), Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl.EG 1999 Nr. L 171, 12 ff.), Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (ABl.EG 2002, Nr. L 271, 16), Versicherungsrichtlinien (ABl.EG 1988 Nr. L 172, 1 ff., ABl.EG 1990 Nr. L 330, 50 ff.). Eine ausführliche Auseinandersetzung erfolgt in Teil 3, D.I.2.

⁸³ *Degen*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EGV und EUV, 5. Aufl., Bd. 5, Artikel K.1, Rdnr. 3.

⁸⁴ Teil 1, B.

⁸⁵ *Schönfelder/Silberberg*, *Integration* 1997, 203 (204 f.).

den Einwanderungsdruck und die ökologischen Ungleichgewichte⁸⁶. Diese Themengebiete sind zwar teilweise der Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres zuzuordnen und müssen deshalb auch bei den allgemeinen Neuerungen der dritten Säule betrachtet werden. Sie haben jedoch inhaltlich wenig Verbindung zur justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, so dass sich hieraus grundsätzlich keine Gründe für die Reformen auf diesem Gebiet ergeben können. Freilich kann die Weiterentwicklung anderer Materien des Bereiches Justiz und Inneres reflexartig ausstrahlen, wenn sie sich auf die gesamte Säule bezieht.

III. Zusammenfassung

In der Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres und damit auch in der Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Maastrichter Vertrag bestanden viele Mängel, die ursächlich für deren fehlende Wirksamkeit waren. Es existierte vor allem keine einheitliche Zielsetzung. Sowohl die Instrumente als auch das Verfahren waren nicht effektiv. Der Gerichtshof hatte grundsätzlich keine Zuständigkeit und die Kompetenzverteilung war nicht geklärt. An diesen Mängeln mussten die Neuerungen ansetzen.

C. Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Der Amsterdamer Vertrag setzte tatsächlich einen Schwerpunkt im Bereich Justiz und Inneres. Die dritte Säule wurde einer vollständigen Revision unterzogen.

Als zentrale Botschaft, die diesen Schwerpunkt und Fortschritt der Integration fassbar machen sollte, wurde der plakative Ausdruck des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gewählt⁸⁷. Auch die bisherigen bedeutenden Integrationsschritte standen unter einer solchen Programmatik. Herzstück der Einheitlichen Europäischen Akte war der Aufbau des Binnenmarktes, und durch den Maastrichter Vertrag wurde der Grundstein für die Wirtschafts- und Währungsunion gelegt. Im Unterschied zu den bisherigen zentralen Botschaften ist der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts jedoch weder im derzeit

⁸⁶ Denkschrift der Bundesregierung zum Amsterdamer Vertrag, BR-Drs. 784/1997, 139.

⁸⁷ *Santer*, Vorwort, in: Kirt (Hrsg.), *Der Vertrag von Amsterdam - ein Vertrag für alle Bürger*, 7 (7), bezeichnete ihn als „ein ambitioniertes Ziel“. *Piepenschneider*, *Der Vertrag von Amsterdam - Analyse und Bewertung*, 8, spricht insofern von positiv besetzten Begriffen, die den Bürgern die wichtigsten Ergebnisse „plakativ“ deutlich machen sollen. Anders: *Dehousse*, Cah. dr. europ. 1997, 265 (266), der die Abwesenheit eines bestimmten Zieles feststellt und den Vertrag von Amsterdam nur als Mittel zur Durchführung der Errungenschaften der Vergangenheit ansieht. Dem stimmt *Streinz* *EuZW* 1998, 137 (147) zu, ohne jedoch festzustellen, dass dadurch die Zielstellung verloren geht. Er sieht gerade die Sicherung der Durchführung des Erlangten als Ziel des Amsterdamer Vertrages, bestreitet damit aber das Vorliegen eines Integrationsschrittes. Die Bedeutung und der Fortschritt zeigen sich auch an der Einberufung einer Sondertagung des Europäischen Rates im Oktober 1999 in Tampere zu diesem Thema.

geltenden Unions- noch im Gemeinschaftsvertrag definiert bzw. konkretisiert⁸⁸ und es wurde auch kein Zieldatum angegeben. Einzig wird in Art. 2 4. Spiegelstrich EUV die Erhaltung und Weiterentwicklung der Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen der freie Personenverkehr gewährleistet werden soll, als Zielstellung genannt. Dieser freie Personenverkehr war jedoch auch schon Bestandteil des Binnenmarktes⁸⁹. Wenn der Amsterdamer Vertrag aber eine neue Integrationsstufe einleiten soll, muss der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts über den Binnenmarkt hinausgehen. Aufgrund des Zieles eines nur schrittweisen Aufbaus dieses Raumes nach Art. 2 EUV könnte sogar angenommen werden, dass er völlig unabhängig vom Binnenmarkt zu betrachten ist. Um die Änderungen der dritten Säule, insbesondere in der Zusammenarbeit in Zivilsachen richtig zu bewerten und die Vorgaben für Sekundärrechtsakte zu verstehen, ist zu ergründen, welchen konkreten rechtlichen Gehalt dieser Terminus des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts hat. Das bloße Faktum eines „rechtlichen Gehaltes“ ist nicht abzustreiten⁹⁰, denn auch wenn der Vertrag von Amsterdam vornehmlich von großer politischer Bedeutung ist, so handelt es sich doch um einen völkerrechtlichen Vertrag⁹¹ und keine bloße politische Absichtserklärung, der jegliche völkerrechtliche Verbindlichkeit und damit jeglicher rechtlich bindende Inhalt fehlt⁹².

Der Untersuchung sind aufgrund der ausdrücklichen Aufführung im EU- (Art. 24 EUV) und im EG-Vertrag (Art. 61 ff. EG) die europarechtlichen Auslegungsmethoden zugrunde zu legen, welche jedoch auf den völkerrechtlichen und nationalen Grundsätzen beruhen⁹³. Diese besagen, dass vom Geist, Aufbau, Wortlaut, Zweck und systematischen Zusammenhang sowie von den Strukturen und Prinzipien des Gesamtzusammenhanges auszugehen ist⁹⁴. Grundlage der Betrachtung ist die Auslegung des Wortlauts, durch welche der Wortsinn ermittelt werden soll⁹⁵. Im Rahmen dieser Auslegungsmethode müssen alle Amtssprachen berücksichtigt werden. Es soll also nicht einer einzelnen sprachlichen Fassung

⁸⁸ Der Binnenmarkt wird in Art. 14 Abs. 2 EG legaldefiniert. Die Wirtschafts- und Währungsunion wird zumindest insofern konkretisiert, als in der Präambel zum EU-Vertrag ausgeführt ist, dass hiervon eine gemeinsame Währung umfasst ist.

⁸⁹ Nach Art. 14 Abs. 2 EG umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß der Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist.

⁹⁰ Anders: *Röben*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Amsterdamer Fassung), vor Art. 61 EGV, Rdnr. 2.

⁹¹ *Pechstein/Koenig*, Die Europäische Union, Rdnr. 471 ff.

⁹² *Ipsen*, Völkerrecht, 101.

⁹³ *Büßer*, Das Widerrufsrecht des Verbrauchers, 25.

⁹⁴ *Nicolaysen*, Europarecht I, 48.

⁹⁵ *Büßer*, Das Widerrufsrecht des Verbrauchers, 26.

gefolgt werden⁹⁶, wobei bei Zweifeln der Zweck unter Berücksichtigung des effet utile-Grundsatzes ausschlaggebend ist. Die historische Auslegung tritt zwar grundsätzlich hinter die anderen Methoden zurück⁹⁷, da die Verträge dynamischen Charakter haben und sich die Auslegung ändern kann. Der Geist und Zweck gerade des Raumes der Freiheit und Sicherheit und des Rechts kann aber nur aus seiner historischen Entwicklung erfasst werden⁹⁸. Die soeben aufgeführten Bedenken gegen die historische Auslegung greifen hier im Übrigen nicht, da der Begriff erst vor kurzem eingeführt wurde und so einen von dem Willen der Vertragsstaaten getragenen, weiterentwickelten Sinn noch nicht haben kann und auch das vorbereitende Material veröffentlicht wurde und zugänglich ist⁹⁹.

Der Zweck der Einführung des Begriffes des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in die Verträge ist deshalb aus der historischen Entwicklung zu schließen. Auch die Wortlautauslegung und die systematische Stellung im Gesamtsystem werden in dieser Untersuchung im Zusammenhang betrachtet.

I. Entwicklung des Begriffs - Zweck der Normierung

Der Begriff „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ ist in der Tradition der Innen- und Justizpolitik zu sehen, wurde aber erst im Rahmen der Regierungskonferenz entwickelt.

1. Vorläufer

Wie schon für die Zusammenarbeit in Zivilsachen im Besonderen dargestellt, war die Innen- und Justizpolitik bereits in den siebziger Jahren Gegenstand der Zusammenarbeit auf europäischer Ebene. Den Ausgangspunkt bildete der Gedanke, dass die Stärkung der Zugehörigkeit der Bürger zur Gemeinschaft und die Förderung der Identifikation mit Europa essentiell für den Einigungsprozess sind („Europa der Bürger“)¹⁰⁰. Schwerpunkte wurden in diesem Zusammenhang auf die Schaffung besonderer Rechte für europäische Bürger¹⁰¹ und auf die Prüfung der Möglichkeit der Abschaffung der Personenkontrollen¹⁰² gesetzt. Ein

⁹⁶ Nicolaysen, Europarecht I, 50. Der vorliegenden Untersuchung soll vor allem der deutsche, französische und englische Wortlaut zugrunde gelegt werden.

⁹⁷ Nicolaysen, Europarecht I, 49. Dies entspricht auch der Wiener Vertragsrechtskonvention, in dessen Art. 32 Abs. 3 festgelegt ist, dass Vorarbeiten nur subsidiär herangezogen werden, wenn der Text mehrdeutig oder dunkel ist.

⁹⁸ So im Allgemeinen zur Bedeutung der historischen Interpretation: Grundmann/Riesenhuber, JuS 2001, 529 (531).

⁹⁹ Hierzu: Grundmann/Riesenhuber, JuS 2001, 529 (531).

¹⁰⁰ KOM (1984), 446 endg. (Adonnio-Ausschuss); Steindorff, Grenzen der EG-Kompetenzen, 118.

¹⁰¹ Hierbei handelte es sich um ein Aufenthaltsrecht für Nichterwerbstätige, ein Kommunalwahlrecht, und die Einführung eines Europapasses, vgl.: Nanz, integration 1992, 126 (127).

¹⁰² Akmann, JA 1994, 49 (50).

erster Schritt waren die Aufenthaltsrichtlinien¹⁰³, die schließlich in der Weiterentwicklung zu der Schaffung der mit bestimmten Rechten verbundenen Unionsbürgerschaft¹⁰⁴ durch den Maastrichter Vertrag führten. Die Abschaffung der Personenkontrollen wurde nach der Forderung der Kommission¹⁰⁵ im Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes vom Juni 1985 im Rahmen der Einheitlichen Europäischen Akte in den EWGV als Ziel aufgenommen (Art. 8a EWGV). Eine parallele intergouvernementale Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten¹⁰⁶ zum schrittweisen Abbau der Personenkontrollen unter Erlass diesbezüglicher Ausgleichsmaßnahmen fand ihr Ergebnis in den Schengener Abkommen¹⁰⁷. Durch den Maastrichter Vertrag wurden bestimmte Gebiete zur Verwirklichung der Freizügigkeit der dritten Säule zugeordnet. Dieses Vorgehen beruhte auf der Erkenntnis, dass das Binnenmarktkonzept durch nationale Maßnahmen, die ihre Wurzeln im Bereich Justiz und Inneres haben, gefährdet oder verfälscht werden könnte¹⁰⁸.

Die Arbeiten, die als Vorläufer des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts betrachtet werden können, standen somit unter zwei Prämissen: zum einen unter der der Stärkung des Stellenwertes und europäischen Bewusstseins des Bürgers, zum anderen unter der der Unterstützung des Binnenmarktes durch flankierende Maßnahmen¹⁰⁹.

2. Die Regierungskonferenz

In Vorbereitung der Regierungskonferenz wurden die Organe der EG aufgefordert, Berichte über das Funktionieren der Vertragsbestimmungen von Maastricht zu verfassen. Zusätzlich wurde eine eigenständige Reflexionsgruppe eingesetzt.

¹⁰³ ABl.EG 1990 Nr. L 180, 26; ABl.EG 1990 Nr. L 180, 28; ABl.EG 1990 Nr. L 180, 30.

¹⁰⁴ Art. 17 ff. EGV. Insbesondere das Freizügigkeitsrecht wurde in Art. 18 EGV primärrechtlich verankert. Zu dessen Bedeutung: *Becker*, EuR 1999, 522 (527 f.).

¹⁰⁵ KOM (1985), 310 endg.; *Akman*, JA 1994, 49 (50).

¹⁰⁶ *Fischer*, EuZW 1994, 747 (748). Dies ist auch im Zusammenhang mit der Tagung des Europäischen Rates in Fontainebleau zu sehen, wo beschlossen wurde, der Gemeinschaft eine neue bürgernähere Dimension zu geben.

¹⁰⁷ Das Schengener Regierungsübereinkommen wurde zwischen Deutschland, Frankreich und den Beneluxstaaten am 14.6.1986 geschlossen. Das Durchführungsabkommen wurde am 19.6.1990 unterzeichnet. Spanien, Portugal, Griechenland, Österreich, Dänemark, Finnland und Schweden traten später bei.

¹⁰⁸ *Müller-Graff*, Die Europäische Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, in: Due (Hrsg.), Festschrift für Everling, 925 (940).

¹⁰⁹ So im Ergebnis auch: *Merli*, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Osterweiterung der Europäischen Union - Eine Einführung, in: Merli (Hrsg.), Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Osterweiterung der Europäischen Union, 17 (21).

a. Berichte der Organe

Während der Rat lediglich die seltene Heranziehung der Instrumente der ZBJI bemängelte, forderte die Kommission eine konkretere Beteiligung der Bürger an der Gestaltung der Union sowie eine stärkere Kohärenz zwischen politischer und wirtschaftlicher Einigung¹¹⁰. Im Bericht des Europäischen Parlamentes (Bourlanges-Martin-Bericht) hieß es, die Union müsse sich dafür einsetzen, dass die Bürger ihre Freiheiten und Rechte ausüben können, wobei gleichzeitig die individuelle Sicherheit zu gewährleisten sei¹¹¹. Die Union müsse den gegenwärtigen Rahmen ihrer Tätigkeit erweitern, wenn sie dem wirtschaftlichen und politischen Wandel gerecht werden und ihre Glaubwürdigkeit in den Augen der Bürger verbessern wolle¹¹². Für den Bereich Justiz und Inneres machte das Europäische Parlament konkrete Vorschläge und forderte unter anderem die vollständige Verwirklichung des freien Personenverkehrs¹¹³.

b. Arbeit der Reflexionsgruppe

Die Reflexionsgruppe benannte für ihre Arbeit in einem Zwischenbericht acht Themenbereiche, wobei einer den Namen „Raum der Freiheit und Sicherheit für den Bürger“ trug. Hier wurde dieser Begriff also erstmals verwendet, jedoch ohne dass der Rechtsraum einbezogen wurde. Grundlage der Arbeiten der Regierungskonferenz war erst der Bericht der Reflexionsgruppe beim Europäischen Rat in Madrid¹¹⁴. Dieser benannte nunmehr drei Hauptbereiche, in denen Ergebnisse erzielt werden sollten. Einer dieser Bereiche, „Die Bürger und die Union“, wurde unter anderem dahingehend präzisiert, dass für gemeinsame europäische Werte eingetreten werden muss und die Grundfreiheiten durch eine Erhöhung der Sicherheit für die Bürger ergänzt werden müssen¹¹⁵. Es müsse ein Freiheits- und Sicherheitsraum geschaffen werden, der durch eine effiziente Politik im Bereich Justiz und Inneres gekennzeichnet sei - denn ein Staat allein könne eine solche Sicherheit nicht garantieren - und in dessen Mittelpunkt der Bürger stehe¹¹⁶. Diese Materie wurde damit als Beitrag für eine größere Bürgernähe betrachtet.

¹¹⁰ Bull.EU 5-1995, 100 (100 ff.).

¹¹¹ Kux, Die Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres, in: Kirt (Hrsg.), Der Vertrag von Amsterdam - ein Vertrag für alle Bürger, 107 (109); ABLEG 1995 Nr. C 151, 56 (57).

¹¹² ABLEG 1995 Nr. C 151, 56 (57).

¹¹³ ABLEG 1995 Nr. C 151, 56 (59).

¹¹⁴ Eine Strategie für Europa, (REFLEX 20), SN 519/95.

¹¹⁵ Bericht der Reflexionsgruppe zur Vorbereitung der Regierungskonferenz von 1996 am Europäischen Rat am 15./16.12.1995 in Madrid, in: Nanz (Hrsg.), Der Vertrag von Amsterdam, Bd. 3, 20 (24 ff.).

¹¹⁶ Eine Strategie für Europa, (REFLEX 20), SN 519/95, ADD. 1, 10.

3. Regierungskonferenz

Im Rahmen der Regierungskonferenz, die auf der Tagung des Europäischen Rates in Turin am 29.3.1996 eröffnet wurde, äußerten sich neben den Organen der Gemeinschaft auch einzelne Mitgliedstaaten zu den Zielen der Änderungen. Besondere Verdienste bei der Entwicklung kommen der irischen und niederländischen Präsidentschaft zu.

Die Kommission forderte unter dem Punkt „Ein Europa im Dienste des Bürgers“ die Förderung eines europäischen Gesellschaftsmodells, Freiheit und Sicherheit in Europa und die Gestaltung eines verständlicheren und demokratischeren Europas¹¹⁷. Unter „Freiheit und Sicherheit in Europa“ fasste sie die Anwendung und Verstärkung des im Vertrag verankerten Grundsatzes der Freizügigkeit und des freien Aufenthaltes unter angemessenen Sicherheitsbedingungen.

Wenige Tage vor der Tagung des Europäischen Rates in Dublin legte die irische Präsidentschaft einen Revisionsentwurf¹¹⁸ vor, der bei dieser Tagung auch als Arbeitsgrundlage für den weiteren Verlauf der Regierungskonferenz angenommen wurde. Der erste Abschnitt des ersten Teils¹¹⁹ ist mit „Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ überschrieben. Darin wird zum einen ein Bekenntnis zu den Grundsätzen der Freiheit, Demokratie, Achtung der Menschenwürde und den Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit mit Sanktionsmöglichkeiten bei schwerwiegenden und anhaltenden Verletzungen derselben verlangt. Daneben steht die Forderung nach einem weitergehenden Diskriminierungsverbot, einem Tätigwerden auf den Gebieten von Freizügigkeit, Asyl und Einwanderung sowie einer Koordination bei der Bekämpfung der Drogenkriminalität. Es soll die Freizügigkeit gewährleistet und die Bedeutung der Sicherheit untermauert werden¹²⁰. Die Sicherheit der Bürger soll durch verbesserte justitielle und polizeiliche Zusammenarbeit erhöht werden¹²¹. Die Union der Bürger wurde als unabhängiger Themenbereich erörtert, der vor allem die Beschäftigungs- und Sozialpolitik, die Transparenz und Bürgernähe behandelte.

Die niederländische Präsidentschaft im ersten Halbjahr 1997 legte ein neues Papier zur schrittweisen Einführung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und

¹¹⁷ Stellungnahme der Kommission zur Eröffnung der Regierungskonferenz vom 28.2.1996, KOM (1996), 90 endg.

¹¹⁸ CONF/2500/96, 1; dazu: *Münch*, EWS 1997, 145 (145 ff.).

¹¹⁹ CONF/2500/96, 1 (11 ff.).

¹²⁰ CONF/2500/96, 1 (20).

¹²¹ *Metz*, Kommentierte Chronologie zur Regierungskonferenz 1996/1997, 219 (253); Ebenso: Gemeinsame Botschaft vom ehemaligen Bundeskanzler Helmut Kohl und dem Präsidenten der Französischen Republik Jacques Chirac an den amtierenden Vorsitzenden des Europäischen Rates und Ministerpräsidenten von Irland, John Bruton, in: Nanz (Hrsg.), *Der Vertrag von Amsterdam*, Bd. 3, 109 (110), die ihre Priorität auf den Aufbau eines gemeinsamen Rechtsraumes legten.

des Rechts vor. Danach sollten genaue Zielstellungen im Bereich der Freizügigkeit und der Sicherheit für den Bürger formuliert und konkrete Durchführungsbestimmungen sowie Zeitvorgaben erlassen werden¹²².

4. Amsterdamer Vertrag

Der Entwurf des Amsterdamer Vertrages, der am 4./5.6.1997 von der niederländischen Präsidentschaft beim Treffen der persönlichen Beauftragten vorgelegt wurde¹²³, untergliedert sich nach dem Vorbild des irischen Revisionsentwurfes in fünf Komplexe, wobei „Freiheit, Sicherheit und Recht“ und „Union der Bürger“ unter verschiedenen Punkten behandelt werden. Der erstgenannte Teil umfasst die Kapitel Grundrechte, Nichtdiskriminierung und den schrittweisen Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Inhalt: spätere Art. 61 ff. EG, Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes, effizientere Zusammenarbeit der Polizei- und Justizbehörden in Strafsachen¹²⁴). Der Entwurf wurde auf der Tagung des Europäischen Rates in Amsterdam am 17./18.6.1997 noch vereinzelt geändert und am 2.10.1997 unterzeichnet¹²⁵.

5. Schlussfolgerungen

Die Geschichte seit den siebziger Jahren zeigt, dass die Entwicklung im Bereich Justiz und Inneres immer eng mit dem Binnenmarktziel, insbesondere dem freien Personenverkehr, verbunden war, da diese Politik in vielen Bereichen die Schaffung des Binnenmarktes unterstützen und fördern kann. Auch der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts muss deshalb im Zusammenhang mit diesem Konzept betrachtet werden¹²⁶. Ebenso stand das Ziel einer größeren Bürgernähe von Beginn bis zu den Arbeiten der Regierungskonferenz im Zentrum der Integrationsbemühungen. Dies wird insbesondere im Bericht der Reflexionsgruppe deutlich. Es sollte auf die Belange und Bedürfnisse der Bürger in einem größeren Maße eingegangen werden¹²⁷. Unter diesen Prämissen wurden

¹²² Metz, Kommentierte Chronologie zur Regierungskonferenz 1996/1997, 219 (260).

¹²³ Metz, Kommentierte Chronologie zur Regierungskonferenz 1996/1997, 219 (269).

¹²⁴ Bull.EU 6-1997, 25.

¹²⁵ Übersichtlicher Aufbau bei: Streinz, Aufbau, Struktur und Inhalt des Vertrages von Amsterdam, in: Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 47 (47 ff.).

¹²⁶ Siehe auch: Müller-Graff, Integration 1997, 271 (271); Merli, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Osterweiterung der Europäischen Union - Eine Einführung, in: Merli (Hrsg.), Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Osterweiterung der Europäischen Union, 17 (21). Meyring, EuR 1999, 309 (322) stellt fest, dass dieses Ziel eng mit dem weitgehend verwirklichten Binnenmarkt verbunden ist, aber darüber hinaus geht. Insofern ist die Formulierung der Weiterentwicklung auch nicht missverständlich, da schon längst die Grundfreiheiten und die Rechtsgemeinschaft in Gestalt des Gemeinschaftsrechts existieren.

¹²⁷ So auch: Streinz, EuZW 1998, 137 (147) und die irische Präsidentschaft: „Die Union muss nicht nur auf die Anliegen ihrer Bürger eingehen, sondern es muss auch deutlich erkennbar sein, dass sie es tut“ (CONF/2500/96, 1 [2]). Vgl. auch: Hilf/Pache, NJW 1998, 705 (706).

auch die Änderungen auf dem Gebiet der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres vorgeschlagen. Zunächst war von einem Rechtsraum nicht die Rede. Im Mittelpunkt standen vielmehr der Ausbau der Grundfreiheiten und die damit zusammenhängende Erhöhung der Sicherheit. Später wurde das Ziel der Verbesserung der Sicherheit durch die justitielle Zusammenarbeit hinzugefügt. Das Nebeneinander von Grundrechten, Diskriminierungsverbot und Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Vertragstext macht deutlich, dass diese in einem engen Zusammenhang stehen, die Grundrechte und das Diskriminierungsverbot aber nicht Teil dieses Raumes sind.

II. Wortlaut und Systematik

Weitere Anhaltspunkte ergeben sich aus der genauen Analyse des Wortlautes und der Stellung in den Verträgen. Hierbei sind zunächst der Begriff des „Raumes“ zu analysieren und anschließend die einzelnen Inhalte.

1. Raum

Kennzeichen eines Raumes ist seine territoriale Begrenzung. Es muss also genau festgelegt werden, wie weit sich ein bestimmtes Gebiet ausdehnt. Dieses Vorgehen hat eine selektive Wirkung¹²⁸. Die Teilnehmer erhalten eine spezielle Identität, wodurch die Kooperationswilligkeit erhöht wird. Dieser Raum sollte, muss aber nicht identisch sein mit dem Geltungsbereich des Unions- und Gemeinschaftsrechts. Er kann auch weniger, nämlich lediglich den Teil der besonders kooperationswilligen Mitgliedstaaten umfassen.

Ähnlich wäre das Ergebnis, wenn man den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts als Weiterentwicklung des „gemeinsamen europäischen Hauses“¹²⁹ betrachtet. Ein Raum im Sinne eines Zimmers hat eine noch viel größere Begrenztheit als ein ganzes Haus, so dass das Zusammengehörigkeitsgefühl in einem Raum viel weiter ausgeprägt ist als bei einem Zusammenleben in einem Haus. Diese Auslegung verbietet sich jedoch bei Heranziehung anderer verbindlicher Sprachfassungen des EG-Vertrages. Die französische Fassung spricht von einem „espace de liberté, de sécurité et de droit“ und die englische Fassung von „area of freedom, security and justice“. Diese Worte können zwar auch mit Raum übersetzt werden, jedoch ist dies nicht ein Raum im Sinne eines Zimmers, sondern im Sinne eines Gebietes.

¹²⁸ Labayle, RTDeur. 1997, 105 (116).

¹²⁹ Dieser Begriff wird u.a. von Kirt, Note „befriedigend“, Klassenziel erreicht: Nachbetrachtungen zur Revision des Maastrichter Vertrages, in: Kirt (Hrsg.), Der Vertrag von Amsterdam - ein Vertrag für alle Bürger, 11 ff. (23) verwendet.

Durch den Raum wird damit eine besondere Identifizierung der Teilnehmerstaaten, die nicht identisch mit denen des EU-Vertrages sein müssen, möglich. Im Übrigen nimmt er der Integration den vorwiegend ökonomischen Charakter¹³⁰.

2. Freiheit, Sicherheit und Recht

Der Gehalt jedes einzelnen Begriffes muss zunächst separat untersucht werden. Denn nur wenn jedem Begriff eine gewisse Bedeutung zugeordnet ist, kann entschieden werden, wie die Begriffe Freiheit, Sicherheit und Recht zueinander in Beziehung stehen.

a. Inhalt der einzelnen Termini

aa. Freiheit

Die Europäische Integration war von Anfang an auf dem gemeinsamen Bekenntnis zur Freiheit gegründet¹³¹. Diese Freiheit ist ein sehr komplexer und facettenreicher Begriff.

(1) Freizügigkeit

Der Begriff der Freiheit muss im Zusammenhang mit den durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten, zu denen der freie Personenverkehr zählt, und mit Art. 18 EG gesehen werden. Die Grundfreiheiten sollen sicherstellen, dass ein Raum ohne Binnengrenzen entsteht. Sie sind damit wesentlicher Bestandteil des Binnenmarktes. Art. 18 EG gibt jedem europäischen Bürger ein persönliches und direktes Recht, sich im Hoheitsgebiet der Union frei zu bewegen und aufzuhalten¹³². Wie aus der historischen Betrachtung hervorgeht, steht der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in engem Zusammenhang mit dem Binnenmarkt und wurde weiterhin unter der Vorgabe der Weiterentwicklung der „Union der Bürger“ geschaffen. Eine solche Auslegung wird auch durch den 11. Erwägungsgrund der Präambel des EU-Vertrages gestützt. Dieser bestimmt explizit, dass das Kernstück des Raumes die Förderung der Freizügigkeit ist. Diese Freizügigkeit soll nicht nur für die Unionsbürger gelten, sondern darf auch Drittstaatenangehörigen nicht verweigert werden¹³³. Die „Freiheit“ beinhaltet

¹³⁰ So auch: *Merli*, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Osterweiterung der Europäischen Union - eine Einführung, in: Merli (Hrsg.), Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Osterweiterung der Europäischen Union, 17 (21). Für den Binnenmarkt: *Müller-Graff*, EuR 1989, 107 (126).

¹³¹ Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Tampere, 15./16.10.1999, SN 200/99, Rdnr. 1.

¹³² Auch in Art. 45 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union wird ein solches Recht festgelegt.

¹³³ Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Tampere, 15./16.10.1999, SN 200/99, Rdnr. 3.

deshalb den freien Personenverkehr und auch die Einwanderungs- und Asylpolitik¹³⁴.

(2) Freiheit der Person

Der Begriff der Freiheit kann auch die Freiheit der Person im Sinne der allgemeinen Handlungsfreiheit, wie sie neben anderen Verfassungen auch in Art. 2 Abs. 1 GG niedergelegt ist, umfassen. Jedermann hat hiernach die Freiheit, zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt¹³⁵. Die deutsche Vorschrift steht in der Tradition bedeutender Texte. So wurde in Art. 4 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte bestimmt: „La liberté consiste à pouvoir faire tout ce, qui nuit pas à autrui...“. Problematisch erscheint jedoch, dass diese Bestimmungen der Freiheit auch Schranken setzen¹³⁶. Eine Einschränkung ergibt sich aus dem Wortlaut des abstrakten Begriffes des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts dagegen nicht. Sie wäre aber notwendig bei der Statuierung der allgemeinen Handlungsfreiheit als subjektives Recht, da sonst ein geordnetes Zusammenleben nicht möglich wäre.

Auch Art. 6 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantiert jeder Person das Recht auf Freiheit, ohne diese aber näher zu spezifizieren. Diese Vorschrift ist im Sinne eines Schutzes gegen Freiheitsentziehungen auszulegen, der zuvor schon in anderen internationalen Konventionen etabliert wurde¹³⁷. Eine solch enge Auslegung kann aber nicht Gegenstand des allgemeinen Leitmotivs des Raumes der Freiheit sein. Der Begriff der Freiheit ist damit weder als Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit noch als Recht auf Schutz gegen Freiheitsentziehungen zu verstehen. Die Grundrechte können vielmehr, wie sich schon im Rahmen der historischen Betrachtung gezeigt hat¹³⁸, nur als Ergänzung der Freizügigkeit betrachtet werden¹³⁹.

Selbst wenn sich kein konkretes subjektives Recht hieraus entwickeln lässt, so spricht doch nichts dagegen, die Achtung der Freiheit der Person, der Handlungsfreiheit als Maxime für unions- und gemeinschaftsrechtliches Handeln

¹³⁴ ABl. EG 1999 Nr. C 19, 3.

¹³⁵ Diese Formulierung wurde nicht gewählt, weil sie den Verfassungsgebern zu vulgär klang, vgl.: *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 8.

¹³⁶ Art. 2 Abs. 1 GG steht unter der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung, der Rechte anderer und des Sittengesetzes, vgl. dazu: *Kannengießer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2, Rdnr. 6.

¹³⁷ Art. 5 EMRK (BGBl. 1954 II, 14), Art. 9 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (BGBl. 1973 II, 1534).

¹³⁸ Teil 1, C.I.

¹³⁹ Aktionsplan des Rates und der Kommission ABl. EG 1999 Nr. C 19, 1 (3); KOM (1998), 459 endg., 5.

positivrechtlich zu statuieren¹⁴⁰. Das allgemeine Bekenntnis wird damit hier festgeschrieben.

(3) Ergebnis

Im Mittelpunkt der „Freiheit“ steht die Freizügigkeit, ergänzt durch ein Bekenntnis zur allgemeinen Handlungsfreiheit als Grundrecht¹⁴¹.

bb. Sicherheit

Sicherheit ist dann gegeben, wenn keine Gefahr vorliegt oder eine solche wirksam bekämpft wird. Zu unterscheiden ist die innere und die äußere Sicherheit. Im Rahmen dieses Raumes kann nur die innere Sicherheit gemeint sein, da die äußere der GASP zuzuordnen ist¹⁴². Die Sicherheit kann nicht als Abstraktum angesehen werden, sondern muss sich immer auf ein Schutzgut beziehen. Als solche Schutzgüter können bei einer Betrachtung im Zusammenhang mit der Union der Bürger die körperliche Integrität der Unionsbürger, ihr Vermögen und ihre Rechte erwogen werden¹⁴³. Die hier bezeichnete Sicherheit kann als wichtiges Attribut der europäischen Bürgerrechte betrachtet werden¹⁴⁴. Sie darf sich jedoch hierin nicht erschöpfen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass auch die geschaffenen Werte und Errungenschaften zu schützen sind, die durch die fehlenden Binnengrenzen¹⁴⁵ der Union bedroht werden könnten. Die Sicherheit bezieht sich also zum einen auf die Personen und den Schutz der Rechte des Einzelnen, insbesondere der Grundrechte und zum anderen auf die demokratischen Garantien, die Rechtsstaatlichkeit, den Geist der Öffnung und der Toleranz¹⁴⁶. Diese Schutzgüter können sowohl durch die Staatsgewalt als auch durch andere Individuen (Unionsbürger und Drittstaatenangehörige) beeinträchtigt werden¹⁴⁷, so dass sich die Maßnahmen gegen diese richten müssen. Unter diesen Punkt sind somit vor allem die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen

¹⁴⁰ Für eine Bedeutung des Begriffes Freiheit über die Freizügigkeit hinaus auch: *Israël*, MJ 2000, 81 (95).

¹⁴¹ Ähnlich: *Kraus-Vonjahr*, Der Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa, 36.

¹⁴² Ebenso: *Kraus-Vonjahr*, Der Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa, 36.

¹⁴³ *Heitmann*, NJW 2001, 124 (125): „Sicherheit besteht in dem Schutz, den die Gesellschaft einem jeden ihrer Mitglieder für die Erhaltung seiner Person, seiner Rechte und seiner Habe gewährt.“

¹⁴⁴ *Kux*, Die Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres, in: Kirt (Hrsg.), Der Vertrag von Amsterdam - ein Vertrag für alle Bürger, 107 (109).

¹⁴⁵ Es muss sichergestellt werden, dass der Raum ohne Binnengrenzen nicht zu einem Raum grenzenloser Kriminalität wird, vgl.: *Monar*, Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Die Innen- und Justizpolitik nach Amsterdam, in: Jopp/Maurer/Schmuck (Hrsg.), Die Europäische Union nach Amsterdam, 127 (153).

¹⁴⁶ Entschließung des Europäischen Parlaments zur Sondertagung des Europäischen Rates über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABLEG 2000, Nr. C 54, 93 (94). Diese Prinzipien befinden sich auch in Art. 2 des Entwurfes eines Vertrages über eine Verfassung von Europa, CONV 850/03. Ähnlich: *Kraus-Vonjahr*, Der Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa, 78, der als Schutzgüter allgemein die Sicherung des Staates und seiner Institutionen und Individualrechte benennt.

¹⁴⁷ Ebenso: *Kraus-Vonjahr*, Der Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa, 80.

(verbliebene dritte Säule)¹⁴⁸, aber auch die Asyl-, Einwanderungs- und Visapolitik und die Sicherstellung der Kontrolle an den Außengrenzen zu verstehen.

cc. Recht

Die Europäische Gemeinschaft wurde schon häufig als Rechtsgemeinschaft bezeichnet¹⁴⁹. Hierdurch sollte vor allem deutlich gemacht werden, dass die Grundlage der Integration das geschaffene Recht (die Verträge und das Gewohnheitsrecht) ist¹⁵⁰, dessen Anwendung und Einhaltung einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Insbesondere bilden die die Mitgliedstaaten verpflichtende Rechtsetzung (Supranationalität) durch die Gemeinschaft und die Möglichkeit der unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechts zentrale Bestandteile¹⁵¹. Hier soll sich jedoch die Europäische Union als ein Rechtsraum entwickeln. Ihr fehlt schon das Merkmal der Supranationalität, so dass diese Definition nicht einschlägig sein kann. Zu fragen ist, welches Verständnis dann dem Rechtsraum zugrunde liegt.

(1) Bekenntnis zur Rechtsstaatlichkeit

Der in Art. 2 EUV geforderte Rechtsraum könnte in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 EUV und Abs. 3 der Präambel des EUV stehen. Diese Vorschriften bestimmen, dass die Union auf den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit beruht.

(a) Die EU als Rechtsstaat nach europäischem Verfassungsverständnis

Das Rechtsstaatsprinzip¹⁵² entfaltet sich als subjektive Statusordnung und als objektive Funktionsordnung¹⁵³. Die subjektive Statusordnung bilden dabei die

¹⁴⁸ Dies zeigt auch Art. 29 EUV, der bestimmt, dass durch die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein hohes Maß an Sicherheit geboten werden soll. Hierzu gehören die Verhütung und Bekämpfung der organisierten Kriminalität, insbesondere des Terrorismus, des Menschenhandels, und der Straftaten gegenüber Kindern, des illegalen Drogen- und Waffenhandels, der Bestechung und Bestechlichkeit sowie des Betruges. Dies ist u.a. möglich, weil Europol weitere Koordinierungsaufgaben und neue operative Aufgaben übertragen wurden.

¹⁴⁹ Dieser Begriff wurde von *Walter Hallstein* geprägt, der die Gemeinschaft als Phänomen des Rechts im Sinne einer Rechtsschöpfung, Rechtsquelle, Rechtsordnung und Rechtspolitik ansah, vgl.: *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 53. Diese Bezeichnung verwenden nun sowohl die Literatur als auch die Organe der EG, so z.B. der EuGH, Rs. 294/83, Urt. v. 23.4.1986 - Les Verts/Parlament - Slg. 1986, 1339 (1365, Rdnr. 23). Auch der Titel „Europa als Rechtsgemeinschaft“ muss zumindest nach den Ausführungen von *Laubinger* i.S.v. „Die EG als Rechtsgemeinschaft“ verstanden werden, vgl.: *ders.*, in: Begrüßungsansprache zur Eröffnung der Ringvorlesung, in: *Dörr/Dreher* (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft, 9 (9). *Lutter*, Europas Werden durch das Recht, in: *Doralt/Nowotny* (Hrsg.), Festschrift für Kastner, 301 (301); *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 37; *Schneider*, Zur Europäischen und Internationalen Angleichung im Privatrecht, 2.

¹⁵⁰ KOM (1996), 90 endg., 4.

¹⁵¹ *Harings*, EuR 1998, 81 (94).

¹⁵² Zum Begriff des Rechtsstaates in internationalen Konventionen und europäischen Verfassungen: *Rideau*, L'incertaine montée vers l'Union de droit, in: *Rideau* (Hrsg.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, 1 (1 ff.); *Grewe*, Réflexions comparatives sur l'Etat de droit, in: *Rideau* (Hrsg.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, 11 (11 ff.).

Grundrechte (insbesondere die individuelle Freiheit und die Gleichheit), die objektive Funktionsordnung wird von der Gewaltenteilung, der Verfassungs- und Gesetzesbindung der öffentlichen Gewalt, der Hierarchie der Normen¹⁵⁴ und dem gerichtlichen Rechtsschutz¹⁵⁵ beherrscht. Zu fragen ist, ob die Union dieser objektiven Funktionsordnung überhaupt gerecht werden kann. Die Union ist kein Staat¹⁵⁶. Auch in naher Zukunft wird sie sich nicht in einen Bundesstaat umformen. Sie besitzt nach überwiegender Meinung gegenwärtig noch nicht einmal Völkerrechtssubjektivität¹⁵⁷. Der Europäische Rat als Sprachrohr¹⁵⁸ der Europäischen Union kann keine gegenüber dem Bürger unmittelbar wirkenden Beschlüsse fassen. Von horizontaler Gewaltenteilung kann nicht gesprochen werden, da die entsprechenden Organe bzw. der Unterbau fehlen¹⁵⁹. Auch die verfassungsgebende Gewalt verbleibt bei den Mitgliedstaaten¹⁶⁰. Der Rechtsschutz wurde durch Art. 46 EUV in nur sehr eingeschränktem Maße in den Unionsvertrag eingeführt¹⁶¹, denn die Vorschrift hat lediglich deklaratorischen

¹⁵³ *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 989 (990) stellt dies vom deutschen Verfassungsverständnis her dar. Diese Inhalte sind aber auch essentiell nach europäischem Verständnis, da sie allen Staaten gemeinsam sind, vgl.: *Scholz*, Der europäische Rechtsstaat, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Steindorff, 1413 (1414).

¹⁵⁴ *Rideau*, L'incertaine montée vers l'Union de droit, in: Rideau (Hrsg.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, 1 (4).

¹⁵⁵ *Scholz*, Der europäische Rechtsstaat, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Steindorff, 1413 (1414); *Grewe*, Reflexions comparatives sur l'Etat de droit, in: Rideau (Hrsg.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, 11 (18). Von einer steten Anreicherung mit Teilgehalten und Konkretisierungen geht *Buchwald*, Der Staat 1998, 188 (191) aus.

¹⁵⁶ Zur Staatlichkeit fehlen der Union sowohl das Staatsvolk, als auch die Staatsgewalt, vgl. auch: *Pechstein/Koenig*, Die Europäische Union, 28 f. Ablehnung des Rechtsstaates wegen fehlender Staatlichkeit: *Buchwald*, Der Staat 1998, 189 (189 f.); *Rideau*, L'incertaine montée vers l'Union de droit, in: Rideau (Hrsg.), De la Communauté de droit à l'Union de droit 1 (4); *Blumann*, Contribution du Traité d'Amsterdam à la transformation de Communauté de droit en Union de droit, in: Rideau (Hrsg.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, 355 (360).

¹⁵⁷ *Pechstein/Koenig*, Die Europäische Union, 46 ff., bezeichnen die Union als rein materiell-rechtlichen Verband, als eine spezifische, selbst nicht rechtsfähige Form der Verklammerung supranationaler und intergouvernementaler Elemente zur Erreichung übergeordneter Ziele. Das Bundesverfassungsgericht spricht von einem Staatenverbund (BVerfGE 89, 155 ff.). Auch wenn *Joschka Fischer* in seiner Rede „Vom Staatenverbund zur Föderation - Gedanken über die Finalität der europäischen Integration“ den Übergang zu einer vollen Parlamentarisierung in einer europäischen Föderation vorschlägt und als einzige gangbare Lösung ansieht, so existiert diese Föderation und eine dementsprechende Rechtspersönlichkeit noch nicht (*Fischer*, integration 2000, 149). Dies wird sich aber ändern, wenn der Entwurf des Konvents zur Zukunft Europas für einen Vertrag über eine Verfassung Europas CONV 850/03 in der vorgeschlagenen Form verabschiedet wird. Nach dessen Art. 6 soll der Union eine Rechtspersönlichkeit verliehen werden (siehe Ausblick).

¹⁵⁸ Da die Union zur Zeit weder ein Staat noch eine internationale Organisation ist, kann sie kein Organ haben, jedoch gibt der Europäische Rat der Union die für ihre Entwicklung erforderlichen Impulse und legt die allgemeinen politischen Zielvorstellungen für diese Entwicklung fest (Art. 4 EUV).

¹⁵⁹ *Constantinesco*, La Constitutionnalisation de l'Union Européenne, in: Rideau (Hrsg.), De la Communauté de droit à l'Union de droit 133 (134). Gleichwohl ist durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eine Gewaltenteilung in vertikaler Richtung gegeben, vgl.: *Buchwald*, Der Staat 1998, 189 (195).

¹⁶⁰ *Blanke*, DÖV 1993, 412 (418).

¹⁶¹ Hier ist jedoch fraglich, inwiefern ein weitergehender Rechtsschutz durch den EuGH notwendig ist. Da keine unmittelbar auf den Bürger wirkenden Beschlüsse gefasst werden können, könnte ein solcher nicht erforderlich sein. Auch wenn im Rahmen der polizeilichen Zusammenarbeit insbesondere durch Europol Grundrechtsbeeinträchtigungen auftreten können, so wird doch vielfach vertreten, dass der nationale Rechtsschutz und der

Charakter. Nur Art. 35 EUV gibt eine konstitutive, auf die Kontrolle bestimmter Rechtsakte im Rahmen der PJZS beschränkte Zuständigkeit. Der Rechtsraum kann also nicht im Sinne eines Rechtsstaates zu verstehen sein¹⁶².

(b) Die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit

Trotz der fehlenden Staatlichkeit könnte aber die im deutschen Recht und in anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen entwickelte Konkretisierung der Rechtsstaatlichkeit auch auf europäischer Ebene Anwendung finden, wenn sich nicht aus den anderen sachlichen Gegebenheiten eine hiervon zu unterscheidende Ausformung ergibt.

Im Gemeinschaftsrahmen, in dem eine Staatlichkeit zweifellos nicht vorliegt, hat der EuGH den Begriff der Rechtsstaatlichkeit bereits verwendet¹⁶³. Zudem hat er für die Arbeit der Europäischen Gemeinschaften einige allgemeine Rechtsgrundsätze entwickelt, die dem Rechtsstaatsgedanken entstammen¹⁶⁴. Hierzu gehören neben den Grundrechten, die nun auch durch die Verabschiedung der nicht verbindlichen Charta der Grundrechte der Europäischen Union gestärkt wurden¹⁶⁵, die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vorbehaltes des Gesetzes, der Vertrauensschutz und die Rechtssicherheit. Diesen einzelnen Prinzipien liegen die Menschenwürde, die Bindung an eine Grundordnung und der Gedanke der Leistungsfähigkeit des Gesetzes zugrunde. Sie können auf die Tätigkeit der gesamten Union ausgeweitet werden.

Der Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 EUV, der von einem Bekenntnis zu Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit spricht, und die Schlussfolgerungen des Vorsitzes der Tagung des Europäischen Rates in Tampere, wo die Rechtsstaatlichkeit als

Beschwerdeausschuss den Anforderungen genügen, vgl.: *Martinez*, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Gerichtskontrolle der polizeilichen Zusammenarbeit in Europa, 169 (174).

¹⁶² Hier ist *Martinez*, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Gerichtskontrolle der polizeilichen Zusammenarbeit in Europa, 169 (173), zu widersprechen, der in dem Wortlautunterschied im Vergleich zu Art. F EUV/Maastricht, wo eine Bindung der Mitgliedstaaten deutlich wurde, jetzt die Union als Rechtsstaat ansieht. Eine solche Auslegung geht jedoch an den Änderungen vorbei. Durch den Amsterdamer Vertrag wurde nicht nur der Wortlaut, sondern auch die Zielrichtung von Art. 6 Abs. 1 EUV geändert. Während vorher primär deutlich gemacht werden sollte, dass die nationale Identität der Mitgliedstaaten nicht angetastet wird, werden jetzt primär Grundsätze für das Handeln innerhalb der Union aufgestellt, die gerade bestehen, weil sie in den Mitgliedstaaten gleich sind.

¹⁶³ EuGH, Rs. 101/78, Urt. v. 13.2.1979 - *Granaria BV/Hoofproduktchap voor Akkerbouwprodukten* - Slg. 1979, 623 (637, Rdnr. 5).

¹⁶⁴Bsp.: EuGH, Rs. 85/79, Urt. v. 13.2.1979 - *Hoffmann-La Roche AG* - Slg. 1979, 461 (Rdnr. 9) (Grundsatz des rechtlichen Gehörs); EuGH, Rs. 222/84, Urt. v. 15.5.1986 - *Johnston* - Slg. 1986, 1651 (Rdnr. 18) (Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz). Zusammenfassend dazu: *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Art. 6 EUV, Rdnr. 6 ff.

¹⁶⁵ *Labayle*, RTD eur. 1997, 1 (27); *ders.* RTD eur. 1997, 105 (114) sieht die Problematik der Grundrechte und deren Durchsetzung eng verbunden mit dem Rechtsraum.

grundlegende Stütze der europäischen Integration bezeichnet wurde¹⁶⁶, stützen eine solche Folgerung.

(c) Ergebnis

Es ist damit festzustellen, dass die EU zwar kein Rechtsstaat ist, sich aber an konkrete Gewährleistungen des Rechtsstaatsprinzips gebunden fühlt, die sie trotz der fehlenden Staatlichkeit gewähren kann. Die Durchsetzung dieser Prinzipien ist in dem Bestreben nach dem Aufbau eines Raumes des Rechts enthalten¹⁶⁷. Dies stellte auch das Europäische Parlament in seiner Entschließung zur Regierungskonferenz fest, in der es darauf hinwies, dass sich der zu schaffende Rechtsraum auf die Grundsätze der Freiheit, der Demokratie, der Wahrung der Menschenrechte und der Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit gründen muss¹⁶⁸.

(2) Gerechtigkeit

Die französische Version spricht von einem „espace de justice“, die englische von einer „area of justice“. Beide Begriffe bedeuten vor allem Gerechtigkeit. Auch im Deutschen wurde teilweise von einem „Raum der Gerechtigkeit“ gesprochen¹⁶⁹. Gerechtigkeit ist ein Handlungsprinzip innerhalb eines ethischen und politischen Systems, das seinen Gehalt aus Normen und Postulaten dieses Systems zieht¹⁷⁰. Es hat somit einen relativen Inhalt, ist ein Produkt der Gemeinschaft. Dies würde bedeuten, dass die Vorstellung aller Unionsbürger davon, was ein sozial wertvolles Handeln ist, durch die Schaffung gemeinsamer Rechtsnormen angeglichen werden sollte. Allerdings wird demgegenüber gesetztes Recht nur akzeptiert werden, wenn bereits die grundsätzlichen Wert- und Moralvorstellungen angeglichen sind¹⁷¹. Eine gemeinsame Vorstellung davon,

¹⁶⁶ Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Tampere, 15./16.10.1999, SN 200/99, Rdnr. 1.

¹⁶⁷ *Röben*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Amsterdamer Fassung), vor Art. 61, Rdnr. 26.

¹⁶⁸ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13. März 1997, abgedruckt in: Nanz (Hrsg.), Der Vertrag von Amsterdam, 185 (186).

¹⁶⁹ Bsp.: Entschließung des europäischen Parlaments zum allgemeinen Rahmen für einen Entwurf zur Revision der Verträge: Titel I - Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und der Gerechtigkeit, ABLEG 1997 Nr. C 33, 63 ff.; Entschließung des Europäischen Parlaments zur Regierungskonferenz vom 13.3.1997, ABLEG 1997 Nr. C 115, 165 (165); Entschließung des Rates zur Festlegung der Prioritäten für die Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres für den Zeitraum vom 1.1.1998 bis zum Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam: „... unter Bekräftigung des Bestrebens Freiheit, Sicherheit und Gerechtigkeit in der Europäischen Union ... zu fördern“, ABLEG 1998 Nr. C 11, 1.

¹⁷⁰ Achterberg (Hrsg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts, Bd. 1, Gruppe 1-4, Gruppe 2 Rechtsphilosophie, 1992 (letzte Lieferung 2000), 2/170, 2.

¹⁷¹ *Lutter*, Europas Werden durch das Recht, in: Doralt/Nowotny (Hrsg.), Festschrift für Kastner, 301 (316).

was gerecht und Recht (als Realisierung der Gerechtigkeitsvorstellung¹⁷²) ist, ist Voraussetzung für das Funktionieren eines einheitlichen Rechtssystems und muss damit zumindest eine Stufe in der Entwicklung eines Rechtsraumes darstellen¹⁷³.

Die Angleichung der Moralvorstellungen - möglicherweise durch Rechtsetzung - ist also Voraussetzung für die Akzeptanz und demzufolge für die Schaffung eines Rechtsraumes. Dass das Recht den angeglichenen Moralvorstellungen entspricht, ist aber gleichzeitig Bedingung für das Funktionieren des Rechtsraumes.

(3) Besserer Zugang zum Recht - Raum eines einheitlichen Rechts?

Justice i.S.d. englischen und französischen Fassung kann jedoch auch mit Justiz übersetzt werden¹⁷⁴. Eine solche Übersetzung würde der vormaligen dritten Säule (Justiz und Inneres) gerecht werden. Unter Justiz ist diejenige staatliche Tätigkeit zu verstehen, die die Rechtspflege umfasst¹⁷⁵. Sie wird durch die Organe der Rechtspflege, also insbesondere die Gerichte ausgeübt. Der Begriff Justiz bezieht sich somit vor allem auf die Möglichkeit der Durchsetzung der Rechte vor den staatlichen Gerichten: Jeder soll sich so einfach wie im Heimatland an Gerichte und Behörden wenden können. Durch eine gegenseitige Anerkennung von Urteilen und Zulassung von Beweismitteln aus anderen Mitgliedstaaten¹⁷⁶ kann eine höhere Rechtssicherheit für Wirtschaftsteilnehmer und Einzelpersonen erreicht werden. Es soll also ein „einheitlicher Rechtsschutzraum“ geschaffen werden¹⁷⁷.

Über diese rein technische, prozessuale Seite hinaus kann darunter aber auch ein Raum eines einheitlichen Rechts verstanden werden. Zumindest das Ziel der Erhöhung der Konvergenz der Rechtsregeln muss umfasst sein¹⁷⁸. Denn ein

¹⁷² Achterberg (Hrsg.), *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, Bd. 1, Gruppe 1-4, Gruppe 2 Rechtsphilosophie, 1992 (letzte Lieferung 2000), 2/170, 2.

¹⁷³ Dies hat auch die Kommission so gesehen. Sie forderte, dass den Bürgern eine gemeinsame Vorstellung davon, was Recht ist, vermittelt werden sollte, vgl.: Aktionsplan des Rates und der Kommission ABl. EG 1999 Nr. C 19, 1 (4); Anzeiger der Fortschritte bei der Schaffung eines „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, KOM (2000), 167 endg., 13. Sie will auch einen gemeinsamen Gerechtigkeitsinn fördern, ABl. EG 2000 Nr. C 54, 95 ff. Vgl. auch: *Heitmann*, NJW 2001, 124 (125).

¹⁷⁴ Auch dieser Begriff wurde teilweise in den deutschen Versionen der vorbereitenden Arbeiten verwendet, Bsp.: CONF/3976/96, S. 3.

¹⁷⁵ *Kissel*, in: *Tilch* (Hrsg.), *Deutsches Rechts-Lexikon*, 2413.

¹⁷⁶ Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Tampere, 15./16.10.1999, SN 200/99, 29 ff., Rdnr. 5; Aktionsplan des Rates und der Kommission ABl. EG 1999 Nr. C 19, 1 (4); *Kohler*, IPRax 1992, 277 (280), forderte schon im Jahre 1992 die Ergänzung des einheitlichen Wirtschaftsraumes durch einen einheitlichen „Rechtsschutzraum“. Dazu auch: *Kriegk*, *Petits Affiches* 1999, 4 (7).

¹⁷⁷ *Kohler*, *Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza*, 15.

¹⁷⁸ Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Tampere, 15./16.10.1999, SN 200/99, Rdnr. 5, 38 ff.; KOM (2000), 107 endg., 16. Anders unter Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip: *Kraus-Vonjahr*, *Der Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa*, 37.

gemeinsames Recht entfaltet eine große integrative Kraft¹⁷⁹ und entspricht damit der Union der Bürger.

Dieser Auslegung steht auch nicht entgegen, dass schon in vielen Bereichen eine Rechtsangleichung insbesondere zur Realisierung des Binnenmarktes stattgefunden hat¹⁸⁰, denn der Raum des Rechts soll auch erhalten und weiterentwickelt werden¹⁸¹. Es ist also festzustellen, dass der Rechtsraum auch das Bestreben nach einer größeren Konvergenz der Regelungen beinhaltet und eine Rechtsangleichung anzustreben ist, jedenfalls insofern sie mit dem kohärenten Ziel der Binnenmarktverwirklichung in Zusammenhang steht.

(4) Ergebnis

Der gemeinsame Rechtsraum ist sehr komplex. Ziel ist die Gewährleistung eines umfassenden Rechtsschutzes, der einen Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit darstellt. Dies soll erreicht werden durch einen schnelleren und unkomplizierteren Zugang zum Recht und eine größere Konvergenz der Rechtsnormen. Das Recht muss teilweise angeglichen werden, wobei sich die zu schaffenden Rechtsnormen an den grundsätzlichen gemeinsamen Wert- und Moralvorstellungen zu orientieren haben.

Zum Rechtsraum zählt folglich insbesondere die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen und Strafsachen sowie die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden.

b. Beziehung der Inhalte zueinander

Die drei Termini stehen nicht unverbunden nebeneinander, sondern bilden eine Einheit. Zu ergründen ist das genaue Verhältnis. Dabei sind verschiedene Möglichkeiten denkbar: Die Begriffe können zum einen nebeneinander stehen und sich aufeinander beziehen¹⁸². Sie können jedoch auch aufeinander aufbauen,

¹⁷⁹ Fischer, *integration* 2000, 149. Auch Taupitz, *JZ* 1993, 533 (534), geht davon aus, dass Einheitsnormen in besonderem Maße geeignet sind, ein Bewusstsein für einen gemeinsamen oder jedenfalls zusammenwachsenden Rechtskreis zu bilden.

¹⁸⁰ Die Rechtsangleichung ist eine der bedeutendsten Tätigkeiten der Gemeinschaft. Die Harmonisierung findet vor allem bei technischen Vorschriften statt. Beispiele bei: Müller-Graff, *EuR* 1989, 107 (113).

¹⁸¹ Es besteht eine Dualität von Stabilität und Bewegung, Labayle, *RTDeur.* 1997, 105 (118).

¹⁸² Die bekannteste Trias dieser Kategorie ist sicherlich das Motto der französischen Revolution: „liberté, égalité, fraternité“. Diese Begriffe haben eine eigenständige Bedeutung. Sie beziehen sich aufeinander, haben aber auch getrennt einen Sinn. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Brüderlichkeit im Gegensatz zur Freiheit und Gleichheit kein Recht ist, sondern vielmehr eine moralische Verpflichtung (Ozouf, *Brüderlichkeit*, 1037 [1038]). Für die Freiheit und Gleichheit kann man kämpfen, während die Brüderlichkeit nur das Ziel einer langfristigen Erziehung sein kann. Jedoch können Freiheit und Gleichheit durch die Brüderlichkeit einen positiven Wert erlangen (Louis Blanc, zit. in: Ozouf, *Kritisches Wörterbuch der französischen Revolution*, 1049).

mit der Folge, dass ein weiteres Ziel nur erstrebenswert, bzw. verwirklichtbar ist, wenn das erste Ziel erreicht ist¹⁸³.

Die Inhalte - Freiheit, Sicherheit und Recht - haben jeweils einen eigenständigen Sinn, sind jedoch nicht trennbar¹⁸⁴. Jedes der drei Ziele kann nur unter Berücksichtigung der anderen erreicht werden¹⁸⁵. Dies ist schon daraus zu entnehmen, dass es möglich ist, einzelne Politiken mehreren Begriffen zuzuordnen. Alle drei Termini können zudem nicht unabhängig von Überlegungen zu den Grundrechten, zum Europa der Bürger und zum Binnenmarkt¹⁸⁶ betrachtet werden, haben darüber hinaus aber noch einen weiteren Gehalt. Des Weiteren stehen die Begriffe aber auch in einem systematischen Zusammenhang¹⁸⁷. Die Freiheit, so wie sie definiert wurde, kann nur gewährleistet werden, wenn sie gegen die Beeinträchtigung durch andere, d.h. durch die Mitgliedstaaten, die EG-Organen, aber auch Private - unabhängig davon, ob diese Unionsbürger oder Drittstaatenangehörige sind - geschützt wird. Zur Absicherung muss jeder zur Rechenschaft gezogen werden können, der die Freiheit und Sicherheit des Einzelnen gefährdet¹⁸⁸. Dies geschieht durch polizeilichen Schutz, aber auch durch ein funktionierendes Rechtssystem. Der Rechtsstaat soll traditionell Sicherheit gewähren, indem er Frieden und Freiheit verlangt und auch gewährleistet¹⁸⁹. Dies ist um so besser möglich, wenn die Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtssystemen innerhalb der EU beseitigt werden, da dann ein einheitlicher Gewährleistungsgehalt bestehen würde und „Grenzen“ auch immer mehr abgebaut werden könnten.

Es können aber auch Widersprüche zwischen den einzelnen Prinzipien auftreten. Ein größeres Maß an Sicherheit geht beispielsweise häufig auf Kosten der

¹⁸³ Ein Beispiel hierfür bildet die erfolgsbezogene, jedoch zugegebenermaßen nicht historische von Cäsar geprägte Trias : *veni, vidi, vici*.

¹⁸⁴ Aktionsplan des Rates und der Kommission ABLEG 1999 Nr. C 19, 1 (2). Ebenso: Europäisches Parlament in seiner Entschließung vom 13.3.1997, ABLEG 1997, Nr. C 115, 165 (166).

¹⁸⁵ Deshalb ist *Monar*, ELR 1998, 320 (323), entgegenzutreten, der im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eine Konzentration auf das alte Vertragsziel der Freizügigkeit sieht, während durch „Sicherheit“ und „Recht“ keine neuen Elemente hinzugefügt worden seien.

¹⁸⁶ *Müller-Graff*, *Integration* 1997, 271 (272); *Röben*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union* (Amsterdamer Fassung), Art. 61, Rdnr. 8.

¹⁸⁷ *Kraus-Vonjahr*, *Der Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa*, 40, geht dagegen nicht von der Gleichwertigkeit aller drei Elemente aus, sondern sieht die Freiheit und Sicherheit in einem auf einer Stufe liegenden Komplementär- und Spannungsverhältnis. Dieses Spannungsverhältnis würde durch das übergeordnete Recht ausgewogen gestaltet. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass auch zwischen Recht und Freiheit unter Umständen Spannungs- und Komplementärverhältnisse entstehen können. Alle drei Elemente stehen vielmehr auf einer Stufe.

¹⁸⁸ Aktionsplan des Rates und der Kommission ABLEG 1999 Nr. C 19, 1 (2); Anzeiger der Fortschritte bei der Schaffung eines „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, KOM (2000), 167 endg., 13.

¹⁸⁹ So zumindest für den Frieden: *Schmidt-Aßmann*, *Der Rechtsstaat*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 987 (993).

Freiheit¹⁹⁰. Bei den Maßnahmen muss deshalb auf einen Ausgleich dieser Prinzipien geachtet werden.

III. Definition des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bezeichnet einen Lebensraum, in dem die Freizügigkeit und Handlungsfreiheit der Bürger und rechtsstaatliche Garantien gegen Einwirkungen von außen geschützt und nach innen durch auf gemeinsamen Gerechtigkeitsvorstellungen beruhenden Rechtsangleichungsmaßnahmen und der Ermöglichung des Zuganges zum Recht realisiert werden. Ziel ist die Bildung einer gemeinsamen Identität¹⁹¹. Die Verwirklichung dieses Zieles stellt einen weiteren Schritt hin zu einem politisch vereinten Europa dar. Es setzt sich eine schrittweise Umwandlung des EG-Vertrages von einem rein wirtschaftlichen Vertrag hin zu einem umfassend das Zusammenleben auf europäischer Ebene ordnenden Übereinkommen fort¹⁹².

IV. Bedeutung für die Zusammenarbeit in Zivilsachen

Die Einführung des abstrakten Begriffes des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wurde begleitet von konkreten Maßnahmen - namentlich der Vergemeinschaftung im Rahmen des neuen Titel IV EG und der Betrugs- und Zollvorschriften, der Neufassung des Titels VI EUV¹⁹³ sowie der Einführung des Schengen-Acquis in den Rahmen der Union. Die Zusammenarbeit in Zivilsachen wurde durch Art. 65 EG vergemeinschaftet. Dies ist insofern bemerkenswert, als ein dahingehender Vorschlag Deutschlands¹⁹⁴ bei den Verhandlungen zum Vertrag von Maastricht noch rigoros abgelehnt wurde und auch im Rahmen der Vorbereitung des Amsterdamer Vertrages eine Vergemeinschaftung trotz entsprechender Forderungen des Europäischen Parlaments¹⁹⁵ und der Kommission¹⁹⁶ noch nicht von der Reflexionsgruppe in Betracht gezogen¹⁹⁷ und

¹⁹⁰ Kux, Die Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres, in: Kirt (Hrsg.), Der Vertrag von Amsterdam - ein Vertrag für alle Bürger, 107 (121). Beispielsweise können Kontrollen die Freizügigkeit behindern.

¹⁹¹ Monar, Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Die Innen- und Justizpolitik nach Amsterdam, in: Jopp/Maurer/Schmuck (Hrsg.), Die Europäische Union nach Amsterdam, 127 (129). Dies entspricht den Grundlagen der europäischen Integration, wie sie schon Jean Monnet erkannte. Dieser führte aus: „Nous ne coalitions pas des Etats, nous unissons les hommes“, erwähnt bei: Jayme, Ein internationales Privatrecht für Europa, 5 (10).

¹⁹² Die Union soll sich zu einer Union der Völker Europas entwickeln, vgl.: Hoyer, Der Vertrag von Amsterdam - ein wichtiger Schritt europäischer Integration, in: Kirt (Hrsg.), Der Vertrag von Amsterdam - ein Vertrag für alle Bürger, 26 (33); Santer, Vorwort, in: Kirt, Der Vertrag von Amsterdam - ein Vertrag für alle Bürger, 7 (7); Bardenhewer, EU- und EG-Vertrag, Einführung, 7 (7).

¹⁹³ Denkschrift der Bundesregierung zum Amsterdamer Vertrag, BR-Drs. 784/1997, 143, 151; Wiedmann, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 61, Rdnr. 32.

¹⁹⁴ Akmann, JA 1994, 49 (52).

¹⁹⁵ ABLEG 1996 Nr. C 96, 77 (81).

¹⁹⁶ Dokument CONF/3912/96; Art. A Abs. 1 und 3; Art. F; KOM (1996), 90 endg. 7, Rdnr. 18.

auch in den irischen Vorschlag¹⁹⁸ nicht aufgenommen wurde. Es fanden kontroverse Diskussionen über die zu vergemeinschaftenden Politikbereiche statt, wobei Großbritannien einer Vergemeinschaftung im Ganzen entgegenstand. Im Februar 1997 schlug die finnische Regierung vor, unabhängig von Titel IV Kompetenzen in Zivilsachen entweder in den EG-Vertrag oder den EU-Vertrag einzufügen¹⁹⁹. Dem folgte die niederländische Präsidentschaft jedoch nicht, sondern fügte diese Materie zusammen mit den anderen Politiken, die den freien Personenverkehr betreffen, in den Titel IV des EG-Vertrages ein²⁰⁰.

An dieser Stelle soll nun untersucht werden, ob die Unzulänglichkeiten des Maastrichter Vertrages²⁰¹ zumindest im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen durch die Einführung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Überführung in den EG-Vertrag im Konkreten überwunden werden konnten, so dass sich eine neue Dimension der Zusammenarbeit ergibt.

1. Zielsetzung

Dem Problem der fehlenden Zielsetzung haben sich die Mitgliedstaaten, wie schon ausgeführt²⁰², durch das neue Gesamtkonzept²⁰³ des Aufbaus eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts angenommen. Es wird hierdurch eine neue Entwicklungsperspektive aufgezeigt²⁰⁴. Auch wenn dieser Begriff sehr abstrakt und inhaltlich weit zu fassen ist²⁰⁵, so ist doch in ihm eine weitreichende Zielsetzung erkennbar, unter die nunmehr alle Einzelmaßnahmen gefasst werden können²⁰⁶. Dagegen bemerkt *Monar*²⁰⁷, dass die vormalige Abwesenheit jeglicher Zielsetzungen durch eine Fülle detaillierter Zielsetzungen ersetzt worden sei. Zwischen den einzelnen Vorgaben würden Lücken klaffen und die vorgenommenen Einschränkungen ließen deutlich die Grenzen der Bereitschaft zu einer gemeinsamen Politikgestaltung erkennen. Es sei keine umfassend neue

¹⁹⁷ (REFLEX 20) 519/95, ADD. 1, 18.

¹⁹⁸ CONF/2500/96, 1 (26 ff., 29 ff.). Die Zusammenarbeit war hier vielmehr ausdrücklich dem Unionsvertrag zugeordnet worden.

¹⁹⁹ *Kohler*, Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 1999, 1 (12).

²⁰⁰ *Kohler*, Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 1999, 1 (13).

²⁰¹ Siehe Teil 1, B.I.

²⁰² Teil 1, C.I.,II.,III.

²⁰³ *Merli*, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Osterweiterung der Europäischen Union - eine Einführung, in: *Merli* (Hrsg.), Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Osterweiterung der Europäischen Union, 17 (19).

²⁰⁴ *Kraus-Vonjahr*, Der Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa, 41.

²⁰⁵ Siehe Teil 1, C.III.

²⁰⁶ So auch: *Meyring*, EuR 1999, 309 (322); *Kux*, Die Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres, in: *Kirt* (Hrsg.), Der Vertrag von Amsterdam - ein Vertrag für alle Bürger, 107 (108); *Röben*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union Kommentar (Amsterdamer Fassung), vor Art. 61, Rdnr. 3; *Bergmann*, in: *Lenz/Borchardt* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 61, Rdnr. 1.

²⁰⁷ *Monar*, Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Die Innen- und Justizpolitik nach Amsterdam, in: *Jopp/Maurer/Schmuck* (Hrsg.), Die Europäische Union nach Amsterdam, 127 (135).

Politik eingefügt worden, sondern nur Teilelemente der Politik und auch innerhalb dieser Teilbereiche bestünde keine Präzisierung der Aufgaben, mithin kein Gesamtkonzept²⁰⁸. Dem kann nicht gefolgt werden. Mit dem schrittweisen Aufbau und der Erhaltung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wurde doch gerade eine übergeordnete Zielsetzung geschaffen. Die detaillierten Regelungen (siehe Titel IV EG-Vertrag) dienen der Präzisierung des Gesamtkonzepts und sie müssen in dessen Sinne ausgelegt und genutzt werden. Die neu zu erlassenden Maßnahmen müssen aufeinander abgestimmt werden, so dass es nicht zu Lückenbildungen kommt. Es wurde mit dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein Rahmen geschaffen²⁰⁹, an dem sich die Gesetzgebung orientieren, und den der EuGH darüber hinaus auch als Auslegungshilfe nutzen kann²¹⁰.

2. Instrumente

Aufgrund der Vergemeinschaftung stehen der Gemeinschaft nunmehr grundsätzlich die typischen in Art. 249 EG aufgeführten Instrumente zur Verfügung. Die Rechtswirkungen dieser Instrumente sind geklärt. Es ergibt sich aus Art. 249 EG, dass Richtlinien (zumindest bezüglich ihres Zieles), Verordnungen und Entscheidungen eine umfassende bindende Wirkung haben.

3. Verfahren

Grundsätzlich gilt innerhalb der Entscheidungsverfahren in den Organen der Europäischen Gemeinschaft, dass ein alleiniges Initiativrecht der Kommission besteht. Die Kommission und der Rat entscheiden grundsätzlich nach dem Prinzip der qualifizierten Mehrheitsentscheidung. Die Beteiligung des Europäischen Parlaments variiert innerhalb der einzelnen Verfahren.

Im Rahmen des Titels IV wurden diesbezüglich jedoch in Art. 67 Abs. 1 EG Ausnahmeregelungen getroffen. Hierbei ist nach Inkrafttreten des Vertrages von Nizza²¹¹ zwischen Maßnahmen, die familienrechtliche Aspekte betreffen (Art. 67 Abs. 1, 2 EG) und solchen ohne diese Aspekte (Art. 67 Abs. 5, 1. Spiegelstrich EG) zu unterscheiden. Bedauerlicherweise ist nicht genau festgelegt, welche Materien als familienrechtlich einzuordnen sind, insbesondere, ob auch Fragen

²⁰⁸ *Monar*, integration 2000, 18 (22); *ders.*, Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Die Innen- und Justizpolitik nach Amsterdam, in: Jopp/Maurer/Schmuck (Hrsg.), Die Europäische Union nach Amsterdam, 127 (132).

²⁰⁹ Aktionsplan des Rates und der Kommission ABLEG 1999 Nr. C 19, 1 (2).

²¹⁰ *Kriegk*, Petits Affiches 1999, 4 (6).

²¹¹ ABLEG 2001 Nr. C 80, 1 (14), in Kraft getreten am 1.2.2003.

des Unterhalts umfasst sind²¹². Aufgrund des *effet utile*-Grundsatzes ist der Begriff des Familienrechts aber restriktiv zu interpretieren.

a. Maßnahmen, welche nicht familienrechtliche Aspekte betreffen

Maßnahmen im Bereich des Zivilrechts i.S.d. Art. 65 EG mit Ausnahme der familienrechtlichen Aspekte kommen nach dem Verfahren des Art. 251 EG (Mitentscheidungsverfahren) zustande. Die Kommission hat das alleinige Initiativrecht. In diesem Verfahren ist das Europäische Parlament aufgrund des Erfordernisses der Einigung mit dem Rat in einer Weise an der Gesetzgebung beteiligt, dass es als Mitgesetzgeber neben dem Rat angesehen werden kann und muss²¹³. Es hat ein echtes Vetorecht, so dass ein Beschluss nicht gegen seinen Willen zustande kommen kann. Die Entscheidungen werden in Rat und Kommission mit qualifizierter Mehrheit angenommen, wobei das Stimmenverhältnis bei Nichtteilnahme von Dänemark, dem Vereinigten Königreich und Irland entsprechend angepasst werden muss.

b. Maßnahmen, welche familienrechtliche Aspekte betreffen

Bezüglich familienrechtlicher Angelegenheiten musste die Kommission ihr Vorschlagsrecht gemäß Art. 67 Abs. 1 EG für den Zeitraum von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages (also bis zum 30. April 2004) weiterhin mit den Mitgliedstaaten teilen. Seit Ablauf dieses Zeitraumes steht ihr *ipso iure* das alleinige Initiativrecht für Maßnahmen in Titel IV EG zu. Die Mitgliedstaaten waren folglich nicht bereit, die Herrschaft auf diesem Gebiet sofort vollständig abzugeben. Es wurde zunächst keine Änderung zu der vorher bestehenden Situation vorgenommen. Die Kommission hat sich aber allein aufgrund der Vergemeinschaftung in einem größeren Maße zuständig gefühlt und konnte so den Sachverstand, den sie bezüglich der Maßnahmen, welche nicht familienrechtliche Aspekte betreffen, entwickelt hat, nutzen. Sie hoffte selbst auf einen „konstruktiven Dialog“ mit den Mitgliedstaaten²¹⁴ und dieser hat sich auch entwickelt.

Dem Europäischen Parlament steht nur ein Anhörungsrecht zu, was freilich einen Fortschritt gegenüber dem bloßen Unterrichtsrecht im intergouvernementalen Bereich darstellt. Jedoch sollte auch hier gemäß Art. 67 Abs. 2 EG nach fünf

²¹² *Basedow*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 19 (27).

²¹³ *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 451. *Nickel*, *integration* 1997, 219 (221) spricht von einer gemeinsamen Verantwortung für einen positiven Abschluss.

²¹⁴ KOM (1998), 459 endg., 3. Diese Hoffnung wurde schon erfüllt, indem Frankreich einen Verordnungsvorschlag zum Umgangsrecht (ABl. EG 2000 Nr. C 234, 7) und Deutschland einen solchen zur Beweisaufnahme vorlegte.

Jahren eine Änderung eintreten, da bis zu diesem Zeitpunkt der Rat einstimmig den Beschluss fassen sollte, das Verfahren der Mitentscheidung gemäß Art. 251 EG anzuwenden. Einen solchen Beschluss hat der Rat nicht gefasst. Eine unmittelbare Anwendbarkeit kommt aber nicht in Betracht. Zwar hatte der Rat kein Ermessen bezüglich des Ob der Beschlussfassung, jedoch bezüglich des Inhaltes des Beschlusses.

Im Hinblick auf das Entschließungsermessens war umstritten, ob durch den Wortlaut („fasst der Rat einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments den Beschluss ...“) dem Rat ein solches zugestanden wurde, oder ob er vielmehr verpflichtet war, diesen Beschluss zu fassen. Schon aus dem Erfordernis des Ratsbeschlusses an sich könnte geschlossen werden, dass ein Ermessen notwendig war, da sonst der Vertrag wie im Rahmen des Initiativrechts einen automatischen Übergang statuiert hätte²¹⁵. Ein solcher ist auch bezüglich einiger Materien in Abs. 4 festgelegt worden²¹⁶. Die Vertragsbestimmung lautet jedoch „fasst ... den Beschluss“. Es wird nicht gesagt, dass der Rat ihn fassen kann oder soll, sondern es wird die Indikativ-Präsensform verwendet. Daraus ist zu folgern, dass kein Entschließungsermessens bestand, sondern eine Verpflichtung des Rates²¹⁷. Dem widerspricht auch nicht die Erklärung im Rahmen des Vertrages von Nizza, nach der der Rat lediglich bestrebt sein wird, diesen Beschluss zu fassen²¹⁸. Auch wenn dies als bloße Absichtserklärung auslegbar ist, so kann doch eine solche Erklärung der Konferenz keine im Vertrag statuierte gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung abändern²¹⁹. Diese Verpflichtung bezog sich jedoch nicht auf alle Bereiche des Titels IV, so dass in speziellen Bereichen das Verfahren der Mitentscheidung durch einstimmige Ratsentscheidung weiterhin ausgeschlossen werden konnte²²⁰. Anhaltspunkte bezüglich der

²¹⁵ *Monar*, Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Die Innen- und Justizpolitik nach Amsterdam, in: Jopp/Maurer/Schmuck (Hrsg.), Die Europäische Union nach Amsterdam, 127 (141), nimmt ohne Begründung einen Ermessensspielraum an, indem er sagt, dass der Übergang nicht automatisch stattfindet, sondern von der Ratsentscheidung abhängt, die durchaus nur für wenige Teilbereiche oder gar nicht zustande kommen könne. Auch *Klos*, Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten der Europäischen Migrationspolitik, 75, geht von einem Ermessensspielraum aus.

²¹⁶ Diese Vorschrift bezieht sich auf Maßnahmen bezüglich der Visaerteilung, der Visagestaltung und der Vorschriften für ein einheitliches Visum.

²¹⁷ Nach dem Sprachgebrauch des Vertrages werden im Indikativ Präsens Verpflichtungen ausgedrückt, vgl.: *Schwartz/Möller*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Bd. 4, Art. 293, Rdnr. 2. So auch für den hier untersuchten Fall: *Besse*, ZEuP 1999, 105 (110), *Thun - Hohenstein*, Der Vertrag von Amsterdam, 39, *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 129, die eine Verpflichtung annehmen, die auch durch eine Untätigkeitsklage gegen den Rat durchgesetzt werden kann. *Basedow*, CMLR 2000, 687 (692), schließt auf diese Verpflichtung aus der Verwendung des Wortes „shall“ in der englischen Version.

²¹⁸ ABl. EG 2001 Nr. C 80, I (77).

²¹⁹ So auch: *Basedow*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 19 (26).

²²⁰ *Basedow*, CMLR 2000, 687 (694).

materiellen Anforderungen an einen solchen Ausschluss wurden nicht aufgestellt, so dass dieser inhaltlich nicht überprüfbar gewesen wäre. Obwohl der Rat den Beschluss nicht gefasst hat, darf die Vorschrift dennoch nicht unmittelbar angewendet werden: Sie ist nicht hinreichend bestimmt und konkret, da Materien ausgenommen werden können und nicht feststeht, um welche Bereiche es sich hierbei handelt²²¹. Es kann aber eine Untätigkeitsklage (Art. 232 EG) gegen den Rat erhoben werden.

Während eines Übergangszeitraums von fünf Jahren mussten die Beschlüsse im Rat einstimmig gefasst werden²²². Dies sollte der Ratsbeschluss, der das Mitentscheidungsverfahren einführt, für bestimmte Materien ändern. Da dieser Beschluss nicht gefasst wurde, kann es auch jetzt noch nicht zur Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit kommen, sondern es ist weiterhin Einstimmigkeit erforderlich. Stimmenthaltungen werden jedoch gemäß Art. 205 Abs. 3 EG nicht mehr berücksichtigt.

c. Protokoll über die Rolle der einzelstaatlichen Parlamente in der Europäischen Union

Dem Demokratiedefizit sollte auch durch das „Protokoll über die Rolle der einzelstaatlichen Parlamente in der Europäischen Union“²²³ entgegengetreten werden. Es statuiert eine verbesserte Information der einzelnen nationalen Parlamente und gibt der Konferenz der Europa-Ausschüsse das Recht, in einem gewissen Rahmen selbst tätig zu werden.

d. Ergebnis

Bezüglich der Maßnahmen, die keine familienrechtlichen Aspekte betreffen, wurde durch den Vertrag von Nizza ein „echtes“ Gemeinschaftsverfahren mit all seinen Vorteilen, insbesondere hinsichtlich der Beteiligung des Europäischen Parlaments und der Mehrheitsentscheidung eingefügt. Aber auch die Regelungen, die sich auf das Familienrecht beziehen, stellen einen Fortschritt gegenüber der intergouvernementalen dritten Säule dar, selbst wenn noch einige Relikte der zwischenstaatlichen Herkunft bestehen. Diese werden jedoch nach fünf Jahren, also im Mai 2004, ad acta gelegt. Ein solcher Zeitraum erscheint für einen

²²¹ Anders wohl: *Basedow*, CMLR 2000, 687 (694); *ders.*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 19 (27).

²²² Dieses Einstimmigkeitserfordernis im Rahmen des Titel IV beruht ursprünglich auf der Weigerung Deutschlands, von Anfang an bei Asyl- und Einwanderungsfragen, Mehrheitsentscheidungen zuzulassen, vgl.: *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 128 f. Unter diesem Gesichtspunkt ist nicht verständlich, warum es nun gerade für familienrechtliche Aspekte des IPR aufrechterhalten wurde.

²²³ ABLEG 1997 Nr. C 340, 105.

Integrationschritt wie diesen, der einen Kernbereich der Souveränität der Mitgliedstaaten betrifft, angemessen.

4. Sanktionsmöglichkeiten

Im Rahmen des EG-Vertrages besteht ein weitreichendes Rechtsschutzsystem. Bei Nichtumsetzung oder Nichtanwendung der im Rahmen dieses Titels erlassenen Maßnahmen durch einzelne Mitgliedstaaten steht der Kommission und den anderen Mitgliedstaaten nunmehr insbesondere die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens offen (Art. 226, 227 EG). Art. 68 Abs. 3 EG weitete diese Möglichkeiten für den Rat, die Kommission und die Mitgliedstaaten durch die Alternative des objektiven Beurteilungsverfahrens sogar aus. Die in diesem Verfahren getroffenen Entscheidungen hatten erga omnes-Wirkung²²⁴, jedoch keinen Einfluss auf bereits rechtskräftige Urteile der Gerichte der Mitgliedstaaten (Art. 68 Abs. 3 S. 2 EG). Der an dieser Einschränkung geübten Kritik²²⁵ ist entgegenzutreten. Es wurde lediglich dem Gedanken der Rechtssicherheit, als Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit, Rechnung getragen. Auch die Kritik an der fehlenden Betrachtung des konkreten Einzelfalles überzeugt nicht²²⁶. Die Gefahr, dass abstrakte Ergebnisse ohne Berücksichtigung der Einzelfallgerechtigkeit erzielt werden, besteht bei jedem objektiven Beanstandungsverfahren. Ziel eines solchen Verfahrens ist ja gerade eine objektive Beurteilung, um allgemeine Fragen unabhängig vom Einzelfall zu klären.

Die Einführung des Beurteilungsverfahrens war vielmehr als Ausgleich für die, wegen der zu erwartenden Vorlageflut in Asylfragen²²⁷, für den gesamten Titel IV EG erfolgte Einschränkung des Vorabentscheidungsverfahrens zu betrachten. Auslegungs- und Gültigkeitsfragen konnten im Gegensatz zu Art. 234 Abs. 1 EG nur letztinstanzliche Gerichte vorlegen (Art. 68 Abs. 1 EG). Diese Unterscheidung wurde aus Art. 234 Abs. 3 EG übernommen, der freilich für letztinstanzliche Gerichte lediglich eine Vorlagepflicht statuiert. Wie dort musste auch an dieser Stelle das konkret letztinstanzliche²²⁸ Gericht gemeint sein. Schon die Einschränkung an sich erscheint wegen der sich aus der Kopplung an das

²²⁴ Koenig/Pechstein/Sander, EU-/EG-Prozessrecht, Rdnr. 912.

²²⁵ Karpenstein, DVBl. 1998, 943 (944); Brechmann, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EU- und EG Kommentar, Art. 68, Rdnr. 8.

²²⁶ Kritik übt deshalb: Drappatz, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 127.

²²⁷ CONF/3811/97, 6; Harings, EuR 1998, 81 (87).

²²⁸ Die Bundesregierung spricht vom funktionell letztinstanzlichen Gericht, vgl.: Denkschrift der Bundesregierung zum Amsterdamer Vertrag, BR-Drs. 784/1997, 152.

ationale Prozessrecht folgenden Disparitäten²²⁹ nicht unproblematisch, vor allem aber mussten unterinstanzliche Gerichte so unter Umständen über die Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht entscheiden, was ihnen bei Anwendung der Foto Frost-Rechtsprechung des EuGH²³⁰ verwehrt ist²³¹. Wären nun zudem nur abstrakt letztinstanzliche Gerichte vorlageberechtigt gewesen, wäre im größten Teil der Rechtsstreitigkeiten keine Anrufung des EuGH möglich gewesen. Dies hätte aber dem sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, dem sich die EG verpflichtet fühlt²³², entwickelten Anspruch auf rechtliches Gehör und dem Ziel der einheitlichen Rechtsanwendung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts widersprochen²³³. Die Möglichkeit der Vorlage durch das konkret letztinstanzliche Gericht war damit als Kompromiss zu sehen.

Diese Vorlagebefugnis war auch hier mit einer entsprechenden Pflicht gekoppelt. Der Wortlaut des Art. 68 Abs. 1 EG („legt vor“) unterscheidet sich zwar von dem des Art. 234 Abs. 3 EG („ist zur Vorlage verpflichtet“), aber auch diese Wendung stellt einen juristischen Imperativ dar²³⁴. Würde eine solche Vorlagepflicht bestritten werden, würde wiederum dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht Rechnung getragen. Zudem wäre der Rechtsschutz hinter dem - durch Art. 35 EUV geschaffenen - im Bereich der polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen der verbleibenden dritten Säule zurückgeblieben. Dies war wohl keinesfalls von den Mitgliedstaaten beabsichtigt²³⁵. Insofern ist hier *Leible/Staudinger*²³⁶ nicht zuzustimmen, die eine Vorlagepflicht nur bei einer hinreichenden Bedeutung für das Gemeinschaftsrecht annahmen. Den Bedenken, dass eine Vorlagepflicht zu Verlängerungen der Verfahren führen würde, ist das Bestreben nach einer einheitlichen Rechtsanwendung des Gemeinschaftsrechts in einem europäischen Rechtsraum und die Gewährleistung der Grundrechte entgegenzuhalten. Aus Art. 68 Abs. 1 EG folgt also nicht nur eine Vorlagebefugnis, sondern ebenso eine Pflicht²³⁷.

²²⁹ Vgl.: *Basedow*, ZEuP 2001, 437 (438).

²³⁰ EuGH, Rs. 314/85, Urt. v. 22.10.1987 - Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost - Slg. 1987, 4199 (4231, Rdnr. 15 ff.).

²³¹ *Koenig/Pechstein/Sander*, EU-/EG-Prozessrecht, Rdnr. 790.

²³² Siehe Teil 1, C.II.2.a.cc.(1)(b).

²³³ So auch: *Streinz*, EuZW 1998, 137 (142).

²³⁴ Nach dem Sprachgebrauch des Vertrages werden im Indikativ Präsens Verpflichtungen ausgedrückt, vgl.: *Schwartz/Möller*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Bd. 4, Art. 293, Rdnr. 24.

²³⁵ *Röben*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Amsterdamer Fassung), Art. 68 EGV, Rdnr. 6.

²³⁶ ELF 2000/2001, 225 (227).

²³⁷ So auch: *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 126.

Die Rechtslage sollte sich durch einen Ratsbeschluss gem. Art. 67 Abs. 2 EG nach Ablauf von fünf Jahren ändern, da durch diesen die Bestimmungen über die Zuständigkeit des Gerichtshofes angepasst werden sollten. Unter Anpassung kann nur die Schaffung einer Kohärenz mit dem auf anderen Gebieten bestehenden Rechtsschutz gemeint sein, also eine unbedingte und unbeschränkte Anwendung der Art. 226 ff. EG²³⁸. Bezüglich des Ermessensspielraums des Rates ist auf die Ausführungen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu verweisen²³⁹ und festzustellen, dass dem Rat ein solcher nicht zustand. Damit ist diese Bestimmung im Bereich des Rechtsschutzes unmittelbar anwendbar, so dass nunmehr auch im Bereich der Zusammenarbeit in Zivilsachen die Verfahren der Art. 226 ff. EG Anwendung finden.

Die Einschränkung des Art. 68 Abs. 2 EG²⁴⁰ hatte schon vorher keine Auswirkungen auf Zivilsachen.

5. Zeitliche Bestimmung und Finanzierung

Während der Regierungskonferenz war die Festsetzung eines konkreten Zieldatums in Betracht gezogen worden, wovon man jedoch Abstand nahm²⁴¹. Lediglich für einige Politiken wurde eine zeitliche Zielvorgabe von fünf Jahren zur Verwirklichung aufgestellt (Art. 61 lit. a EG). Die Festsetzung dieser Frist war jedoch ähnlich wie beim Binnenmarkt²⁴² nicht rechtlich verbindlich und nicht von Belang, da die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen von dieser Regelung nicht umfasst war. Die Kommission betrachtete jedoch die Vorgabe von fünf Jahren zur Schaffung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts als feste Frist²⁴³ und hatte im Aktionsplan für einzelne Tätigkeiten Fristen von zwei oder fünf Jahren angegeben²⁴⁴. Das Aufgabenfeld ist in diesem Bereich sehr weit. Es umfasst auch Gebiete, in denen noch wenige Vorarbeiten existieren, wie beispielsweise das internationale Erbrecht. Eine Frist von fünf Jahren erschien daher von Anfang an nahezu utopisch und konnte auch nicht eingehalten werden²⁴⁵. Nichtsdestotrotz ist die Fristsetzung durch die Kommission zu

²³⁸ Anders hier: *Basedow*, CMLR 2000, 687 (695), der den Begriff der Anpassung als zu unbestimmt ansieht und deshalb einer Entscheidung der Politik überlassen will.

²³⁹ Siehe Ausführungen Teil 1, B.IV.3.b.

²⁴⁰ Diese Vorschrift statuiert eine Unzuständigkeit für Maßnahmen oder Beschlüsse nach Art. 62 Nr. 1 EG, die die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit betrifft.

²⁴¹ Bsp.: CONF/2500/96, 19, wo als Datum der 1.1.2001 angegeben wurde. Siehe auch: *Piepensneider*, Der Vertrag von Amsterdam - Analyse und Bewertung, 8 (Fn. 12).

²⁴² Bezüglich des Binnenmarktes stellten dies die Vertreter der Mitgliedstaaten in einer der Schlussakte zur EEA beigefügten Erklärung zu Art. 8a EWG-Vertrag fest.

²⁴³ ABLEG 2000 Nr. C 54, 95.

²⁴⁴ Aktionsplan des Rates und der Kommission, ABLEG 1999 Nr. C 19, 1 ff.

²⁴⁵ Zu den Rechtsakten, die in diesem Zeitraum angenommen wurden, siehe: Teil 3, C.

begrüßen, da so eine zügige Verabschiedung von gemeinschaftlichen Rechtsakten zu erwarten war. Diese Erwartung wurde auch erfüllt.

Die Finanzierung der zu schaffenden Infrastruktur richtet sich unproblematisch nach Gemeinschaftsrecht.

6. Probleme der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen

Durch die Vergemeinschaftung entfallen die politischen Divergenzen zwischen den Mitgliedstaaten nicht. Sie werden in den Rat verlagert. Diese politischen Divergenzen zwischen den Mitgliedstaaten bremsen die Entwicklung der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen jedoch nicht mehr in so großem Maße, denn die Kommission hat ein Vorschlagsrecht und kann den Rat unter Druck setzen. Mehrere Projekte können nebeneinander verwirklicht werden.

Die Konkurrenz zu Art. 293 EG (Art. 220 EGV) hat sich verschärft, da dieser im Gegensatz zu dem niederländischen Vorschlag beibehalten wurde²⁴⁶. Während sich die Vorschriften vorher „nur“ in anderen Verträgen befanden, sind jetzt verschiedene Rechtssubjekte zuständig. Im Rahmen des Titels IV ist die Gemeinschaft zuständig, im Rahmen des Art. 293 EG sind es die Mitgliedstaaten. Das genaue Verhältnis muss ebenso wie zu den bestehenden punktuellen gemeinschaftlichen Kompetenzen geklärt werden²⁴⁷.

7. Kritikpunkte - Opting out als neue Möglichkeit der Flexibilität

Die Vergemeinschaftung wird aber trotz ihrer unbestreitbar positiven Effekte aufgrund einiger Auswirkungen kritisiert. Eine erste beanstandete Folge der teilweisen Vergemeinschaftung ist die Aufspaltung der ehemaligen dritten Säule, weil dies zu mangelnder Transparenz führe²⁴⁸. Sicher ist eine Überführung von Teilen in eine andere Säule zunächst unübersichtlich. Jedoch war die Zuordnung zu den Säulen nicht starr, und eine schrittweise Vergemeinschaftung liegt in der Natur des Integrationsprozesses. Eine Vergemeinschaftung der PJZ war nicht möglich. Dies sollte aber nicht die Intensivierung der Zusammenarbeit auf den anderen Gebieten hindern. Das dürfte dem Bürger verständlich sein.

Größere Probleme bereitet die Einführung der Flexibilität. Um den Integrationsprozess zu beschleunigen, wurde auf Vorschlag der deutschen und der

²⁴⁶ Kohler, Rev. Crit. Dr. Internat. Privé 1999, 1 (14).

²⁴⁷ Siehe Ausführungen Teil 3, B. II. 12. b.

²⁴⁸ Müller-Graff, Institutionelle und materielle Reformen in der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, in: Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 259 (267); Kraus-Vonjahr, Der Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa, 121.

französischen Regierung²⁴⁹ im Bereich der ersten und dritten Säule (Art. 11 EG und Art. 40 EUV) das Instrument der verstärkten Zusammenarbeit eingeführt. Unter bestimmten Bedingungen müssen hiernach nicht mehr alle Mitgliedstaaten an den Maßnahmen teilnehmen. Diese Flexibilität ist eine Folge der mit der Erhöhung der Mitgliederzahl zunehmenden Divergenzen und des immer tieferegreifenden Integrationsprozesses²⁵⁰. Dänemark, das Vereinigte Königreich und Irland haben die damit geschaffene opting out-Möglichkeit insofern genutzt, als in Protokollen zum Amsterdamer Vertrag festgelegt wurde, dass sie sich grundsätzlich nicht an der Annahme von Maßnahmen im Rat, die nach Titel IV EG-Vertrag vorgeschlagen werden, beteiligen²⁵¹.

Das Vereinigte Königreich und Irland können dem Rat jedoch innerhalb von drei Monaten nach Vorlage eines Vorschlages oder einer Initiative schriftlich mitteilen, dass sie sich doch an der Annahme und Anwendung der betreffenden Maßnahme beteiligen möchten (Art. 3 des Protokolls - „opting in“). Es handelt sich hierbei um eine bloße Mitteilung, nicht um einen Antrag, so dass die anderen Mitgliedstaaten Irland und dem Vereinigten Königreich die Teilnahme nicht verweigern können²⁵². Die beiden Staaten sind dann an der inhaltlichen Ausarbeitung zu beteiligen. Kann jedoch keine rechtzeitige Einigung erlangt werden, können die anderen Mitgliedstaaten den Rechtsakt auch ohne Beteiligung der beiden Staaten annehmen (Art. 3 Abs. 2 des Protokolls). Die an der Politik teilnehmenden Staaten können damit eine Beteiligung des Vereinigten Königreichs und Irlands nicht verhindern. Diese haben wiederum im Gegenzug und Gegensatz zu den anderen Staaten kein Veto- oder Blockaderecht. Nach Art. 4 des Protokolls können Irland und das Vereinigte Königreich auch nach der Annahme einer Maßnahme jederzeit mitteilen, dass auch sie die Maßnahme anzunehmen wünschen. Irland kann des Weiteren dem Rat mitteilen, dass das Protokoll nicht mehr gelten soll (Art. 8).

Für Dänemark besteht keine solche opting in-Möglichkeit, solange es nicht mitteilt, dass es von dem Protokoll insgesamt oder zum Teil keinen Gebrauch mehr machen will (Art. 7). In einem solchen Fall muss es alle bereits in Kraft getretenen Maßnahmen übernehmen. Dänemark kann zudem nach Art. 5 des Protokolls innerhalb von sechs Monaten beschließen, die konkrete Maßnahme in

²⁴⁹ Brief von den Außenministern Klaus Kinkel und Hervé de Charette im Jahre 1996, vgl.: *Schönfelder/Silberberg*, *Integration* 1997, 203 (209).

²⁵⁰ *Scheich*, Der Vertrag von Amsterdam - das eher bescheidene Ergebnis eines langen Revisionsprozesses, in: Kirt (Hrsg.), *Der Vertrag von Amsterdam - ein Vertrag für alle Bürger*, 67 (71).

²⁵¹ ABLEG 1997 Nr. C 340, 93 ff.

²⁵² *Hailbronner*, Die Neuregelung der Bereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung, in: Hummer (Hrsg.), *Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam*, 179 (186).

innerstaatliches Recht umzusetzen. Ein solcher Beschluss begründet eine völkerrechtliche Verpflichtung gegenüber den anderen Mitgliedstaaten, der Rechtsakt hat in Dänemark aber nicht die Wirkungen des Gemeinschaftsrechts.

Es ist also festzustellen, dass es für alle drei Staaten die Möglichkeit gibt, an den Maßnahmen des Titel IV EG mitzuwirken. Die Flexibilität stellt sich damit als „Einbahnstraße“ dar²⁵³. Keiner der jetzt teilnehmenden Staaten darf erklären, nicht mehr mitzuwirken, während die nicht teilnehmenden Staaten im Rahmen der Protokollvorschriften ihre Teilnahme erklären können. Auch wenn diese „negative Flexibilität“²⁵⁴ nicht grundsätzlich abgelehnt werden soll, ergeben sich hieraus doch viele Probleme. Es besteht die Gefahr einer Rechtsspaltung²⁵⁵ innerhalb der Gemeinschaft. Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts unterscheidet sich in seiner territorialen Abgrenzung damit vom Gebiet der Union. Wettbewerbsverzerrungen sind nicht auszuschließen²⁵⁶. Weiterhin erscheint bedenklich, dass die neuen Mitgliedstaaten und Beitrittskandidaten die Maßnahmen als „acquis communautaire“ übernehmen müssen²⁵⁷ und so gezwungen werden können, Regelungen anzuwenden, die nicht einmal von allen bisherigen Mitgliedstaaten getragen werden.

Es besteht jedoch die Hoffnung, dass die Rechtsspaltung zumindest im Bereich der Zusammenarbeit in Zivilsachen durch die Nutzung der opting in-Möglichkeit weitestgehend verhindert werden kann. Irland lehnte eine Beteiligung von Beginn an nicht grundsätzlich ab, sondern beugte sich der großen politischen und wirtschaftlichen Bedeutung der mit dem Vereinigten Königreich bestehenden Common Travel Area²⁵⁸. Auf einer Sitzung des Rates für Justiz und Inneres erklärten Irland und das Vereinigte Königreich ihre Bereitschaft zur vollständigen Mitarbeit bezüglich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen²⁵⁹. Auf dänischer Seite standen die Verfassung und Bedenken bezüglich der Sicherheit und Souveränität einer Vergemeinschaftung entgegen²⁶⁰. Es konnte dennoch angenommen werden, dass auch Dänemark sich einer Zusammenarbeit in Zivilsachen nicht verschließen würde, da es schon viele der bestehenden multilateralen Übereinkommen unterzeichnet hatte. Es hat aber den

²⁵³ *Meyring*, EuR 1999, 309 (320).

²⁵⁴ *Rupprecht*, *Integration* 1997, 264 (268).

²⁵⁵ *Monar*, *Integration* 2000, 18 (22), spricht von einer „Fragmentarisierung“.

²⁵⁶ So auch: *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 145.

²⁵⁷ Hierzu: *Kux*, Die Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres, in: Kirt (Hrsg.), *Der Vertrag von Amsterdam - ein Vertrag für alle Bürger*, 107 (115).

²⁵⁸ *Besse*, ZEuP 1999, 105 (112); *Meyring*, EuR 1999, 309 (313).

²⁵⁹ KOM (1999), 348 endg.

²⁶⁰ *Thun-Hohenstein*, *Der Vertrag von Amsterdam*, 60.

entsprechenden Beschluss noch immer nicht gefasst. Von den teilnehmenden Staaten kann die mögliche Rechtsspaltung verhindert werden, wenn sie Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich so weit wie möglich informell an den Vorbereitungsarbeiten beteiligen, so dass es diesen Staaten später leichter fällt, die Akte zu übernehmen²⁶¹.

8. Ergebnis

Durch den Amsterdamer Vertrag wurden viele der Unzulänglichkeiten, wenn auch nicht sofort, so doch auf längere Sicht zumindest für die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen behoben. Die noch bestehenden Schwächen beruhen meist auf Problemen in anderen Politiken²⁶², wurden aber aufgrund der Vergemeinschaftung im Block auch für die Zusammenarbeit in Zivilsachen übernommen²⁶³. Die Regierungschefs haben sich für eine schrittweise Vergemeinschaftung entschieden, die dem Interesse des großen Teils der Mitgliedstaaten entsprach. Sie korrespondiert auch mit dem schon vorher praktizierten dynamischen Transfer von der Peripherie ins Zentrum²⁶⁴. Die noch bestehenden Übergangsvorschriften lindern den Souveränitätsverlust und ermöglichen so erst die Weiterentwicklung. Ein Vergleich ist noch nicht mit den anderen Gemeinschaftspolitiken, sondern mit der dritten Säule vorzunehmen. Ein erheblicher Fortschritt ist unter diesem Gesichtspunkt unübersehbar, auch wenn nationale Interessen noch in gemeinschaftsrechtlich systemfremder Weise eine übergeordnete Rolle spielen. Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, wie er bisher entwickelt wurde, ist kein befriedigender Endzustand, aber eine bedeutende Weichenstellung und ein Schritt in die richtige Richtung²⁶⁵.

D. Ergebnis

Die Zusammenarbeit in Zivilsachen auf europäischer Ebene, die bereits in den sechziger Jahren ihren Ursprung nahm, deren Ergebnisse aber leider nicht zufrieden stellen konnten, hat durch den Amsterdamer Vertrag neuen Schwung erhalten.

²⁶¹ So auch: Aktionsplan des Rates und der Kommission ABl. EG 1999 Nr. C 19, 1 (7).

²⁶² So wurde z.B. die Beibehaltung der Einstimmigkeit von Deutschland gefordert, da hier mehr Asylanträge gestellt werden, als in allen anderen Mitgliedstaaten zusammen, vgl.: *Monar*, Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Die Innen- und Justizpolitik nach Amsterdam, in: Jopp/Maurer/Schmuck (Hrsg.), Die Europäische Union nach Amsterdam, 127 (140).

²⁶³ So auch: *Besse*, ZEuP 1999, 105 (117). *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 144, spricht davon, dass diese Materie in die „Schieflage des Übereinkommens von Schengen gerät“.

²⁶⁴ *Kux*, Die Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres, in: Kirt (Hrsg.), in: Kirt (Hrsg.), Der Vertrag von Amsterdam - ein Vertrag für alle Bürger, 107 (116). *Brok*, integration 1997, 211 (213) spricht von der „Methode Monnet“.

²⁶⁵ *Meyring*, EuR 1999, 309 (309).

Die vorher bestehenden Unzulänglichkeiten wurden durch die Vergemeinschaftung weitestgehend beseitigt. Die größte Bedeutung liegt in der Schaffung eines Gesamtkonzeptes - des Aufbaus eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Hierunter ist ein Lebensraum zu verstehen, in dem die Freizügigkeit und Handlungsfreiheit der Bürger sowie rechtsstaatliche Garantien gegen Einwirkungen von außen geschützt werden und nach innen durch auf gemeinsame Gerechtigkeitsvorstellungen beruhenden Rechtsangleichungsmaßnahmen und der Ermöglichung des Zugangs zum Recht realisiert werden.

Dieser Begriff bildet die Grundlage für mögliche Sekundärrechtsakte und die nunmehr mögliche (wenn auch eingeschränkte) Auslegung durch den EuGH.

Teil 2 - Die Stellung des internationalen Privatrechts im Binnenmarkt

Wie im vorhergehenden Teil festgestellt, steht das Ziel der Errichtung und Erhaltung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts des EU-Vertrages in einem funktionalen Zusammenhang mit dem Binnenmarktziel des EG-Vertrages. Dieser Raum dient der Funktionsfähigkeit und Weiterentwicklung des Binnenmarktes, der die zentrale Stellung im System der Europäischen Gemeinschaften einnimmt. Jedwede Entwicklung im Rahmen der Gemeinschaft ist nur im Zusammenhang mit dem Binnenmarkt möglich. Auch die Privatrechtsordnung muss deshalb innerhalb der Europäischen Gemeinschaft auf den Binnenmarkt ausgerichtet sein²⁶⁶. Das IPR, als Teil der nationalen Privatrechte, und das Gemeinschaftsrecht stehen also nicht unverbunden nebeneinander, sondern das Gemeinschaftsrecht beeinflusst das internationale Privatrecht²⁶⁷. Das Gemeinschaftsrecht formuliert Zielvorgaben und zieht Schranken, die für die mitgliedstaatlichen internationalen Privatrechte bindend sind. Wenn man die mögliche Weiterentwicklung des IPR betrachtet, ist somit dessen Beziehung zum Binnenmarkt und insbesondere die Frage nach der Störung des Binnenmarktes durch das internationale Privatrecht zu erörtern.

A. Der Gehalt des Binnenmarktes

Der Begriff des Binnenmarktes ist in Art. 14 Abs. 2 EG (früher Art. 7 a EWGV) legaldefiniert. Er stellt einen binnengrenzlosen Raum dar, in dem die Grundfreiheiten verwirklicht werden sollen. Es sollen alle Schranken beseitigt werden, welche die nationalen Märkte voneinander trennen, so dass die Volkswirtschaften in einem einheitlichen Wirtschaftsraum zusammenwachsen können²⁶⁸. Dies erfordert die Beseitigung der materiellen, technischen und steuerlichen Schranken²⁶⁹. Ziel eines Binnenmarktes ist die Möglichkeit des Absatzes der Ware oder Dienstleistung im ganzen Gebiet, so denn die rechtlichen Anforderungen des Herkunftsstaates erfüllt werden²⁷⁰. Es müssen hier jedoch Grenzen gezogen werden, auf die später noch einzugehen sein wird²⁷¹. Neben den Freiverkehrsregeln ist das System des unverfälschten Wettbewerbs grundlegender

²⁶⁶ Müller-Graff/Kainer, DRiZ 2000, 350 (350); Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, 43. Die Frage, ob es Einschränkungen bezüglich bestimmter Materien des Privatrechts gibt, wird unter Teil 2, B. I. 1. erörtert.

²⁶⁷ Roth, RabelsZ 1991, 623 (627); Basedow, RabelsZ 1995, 1 (6); Gounalakis/Radke, ZVglRWiss 1999, 1 (11). Anders: Gärtner, EWS 1994, 116 - „Man sollte wegen des auf einen Vertrag anwendbaren Rechts das IPR befragen und nicht den EGV“.

²⁶⁸ Pipkorn/BardhewerRating/Taschner, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Bd. 1, Artikel 14, Rdnr. 6.

²⁶⁹ KOM (1985), 310 endg., 5.

²⁷⁰ Steindorff, ZHR 1986, 687 (689); ders., ZHR 1994, 149 (163); KOM (1985), 310 endg., 17 : „Wenn ein Erzeugnis in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden ist, ist nicht einzusehen, warum es nicht überall in der Gemeinschaft ungehindert verkauft werden soll.“

²⁷¹ Siehe Teil 2, B.I.2.b.

Bestandteil des Binnenmarktes, da auch dieses die Öffnung der Märkte zum Ziel hat²⁷². Ohne eine konsequente Wettbewerbspolitik könnte es durch staatliche Beihilfen oder Wettbewerbsbeschränkungen zu einer Aufspaltung innerhalb des Binnenmarktes kommen²⁷³. Untersucht man die Stellung des internationalen Privatrechts im Binnenmarkt, muss deshalb auf das Verhältnis zwischen IPR und den Grundfreiheiten sowie zwischen IPR und dem Wettbewerbsrecht eingegangen werden.

B. Die Bedeutung der Grundfreiheiten

Die Grundfreiheiten vermögen in zweifacher Weise Bedeutung zu erlangen. Sie können zunächst unmittelbare Wirkung als Kollisionsnormen entfalten. Sie können aber auch insoweit maßgeblich sein, als möglicherweise durch die Existenz unterschiedlicher internationaler Privatrechte der Bürger in der Ausübung seiner Grundfreiheiten behindert ist, so dass eine Vereinheitlichung geboten ist. Der Prüfung der unmittelbaren Anwendbarkeit kommt eine logische Priorität zu²⁷⁴. Eine Vereinheitlichung ist nur dann in Betracht zu ziehen, wenn keine unmittelbare Wirkung vorliegt.

I. Die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten

Die Grundfreiheiten beanspruchen unmittelbare Geltung²⁷⁵. Dies bedeutet, sie binden nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern sie begründen unmittelbare Rechte und Pflichten auch für den Bürger²⁷⁶. Sie gehen darüber hinaus entgegenstehenden nationalen Vorschriften vor²⁷⁷. Die Durchsetzung der Grundfreiheiten ist insbesondere Pflicht der mitgliedstaatlichen Gerichte, die in ihrer Zuständigkeit als Organe der Mitgliedstaaten die Aufgabe haben, die Rechte zu schützen, die das Gemeinschaftsrecht verleiht²⁷⁸.

²⁷² Müller-Graff, EuR 1989, 107 (118, 124); Behrens, Jura 1989, 561 (562); Eberhartinger, EWS 1997, 43 (44); Grabitz, Über die Verfassung des Binnenmarktes, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Steindorff, 1229 (1240); Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 95, Rdnr. 17 ff.; Anders: Hayder, RabelsZ 1989, 622 (639) und Zacker, RIW 1989, 489 (490), die den Binnenmarkt auf die Verwirklichung der Grundfreiheiten beschränken.

²⁷³ KOM (1985), 310 endg., 7.

²⁷⁴ Schlussanträge des GA Trabucchi v. 20. Juni 1974, Rs. 8/74 - Dassonville - Slg. 1974, 855 (859, Rdnr. 3); Schlussanträge des GA Capotorti v. 16.1.1979, Rs. 120/78 - Cassis de Dijon - Slg. 1979, 666 (670 f.); Kieninger, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 123.

²⁷⁵ Dies gilt für die Warenverkehrs-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sowie die Arbeitnehmerfreizügigkeit seit Ablauf der Übergangszeit, für den Kapital- und Zahlungsverkehr seit dem Inkrafttreten des Art. 56 EGV am 1.1.1994. Siehe auch: Streinz, Europarecht, Rdnr. 705.

²⁷⁶ Streinz, Europarecht, Rdnr. 349.

²⁷⁷ Es besteht ein Anwendungsvorrang, vgl.: EuGH, Rs. 6/64, Urt. v. 15.7.1964 - Costa/ENEL - Slg. 1964, 1251 (1269); BVerfGE 37, 271 (280).

²⁷⁸ EuGH, Rs. 106/77, Urt. v. 9.3.1978 - Simmenthal II - Slg. 1978, 629 (Rdnr. 14,16); Behrens, Jura 1989, 561 (562).

Die Grundfreiheiten sind möglicherweise unmittelbar i.S.v. Kollisionsnormen anzuwenden. Diese Auslegung wird auch als „gerichtliche Rechtsangleichung“ bezeichnet²⁷⁹. Bedingung dafür ist jedoch, dass die Grundfreiheiten einen kollisionsrechtlichen Gehalt²⁸⁰ haben, d.h., dass sie zur Anwendung eines bestimmten Privatrechtes führen. Dies setzt zunächst voraus, dass privatrechtliche Normen in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen. Ist dies der Fall, muss sich aus den durch die Grundfreiheiten aufgestellten Ge- und Verboten die Anwendbarkeit einer bestimmten Privatrechtsnorm auf einen bestimmten Sachverhalt ergeben. Gleiches gilt für das internationale Verfahrensrecht: die Grundfreiheiten müssten hier einen bestimmten Gerichtsstand oder eindeutige Anerkennungs- und Vollstreckungsregeln beinhalten. Da jedoch kein Positivkatalog von Normen aus den Grundfreiheiten entwickelt werden kann, stellt sich die Frage nur bei einem möglichen Verstoß der nationalen Rechtsordnung gegen das Ver- oder Gebot. Ein solcher ist gegeben, wenn eine Norm nicht mit der Grundfreiheit vereinbar ist oder wenn sie trotz dahingehender Notwendigkeit gar nicht vorhanden ist. Es gilt also nur, eine mögliche bestehende, von den Grundfreiheiten abweichende Rechtslage zu korrigieren. *Sonnenberger* bezeichnet deshalb den kassatorischen Effekt der Grundfreiheiten als Kehrseite neuer international-privatrechtlicher Anknüpfungen und eine wesentliche Voraussetzung derselben²⁸¹. Ein solcher Verstoß ist denkbar durch einzelne Privatrechtssachnormen, durch den Anknüpfungspunkt innerhalb einer bestimmten Kollisionsnorm oder durch die Anwendung eines bestimmten Sachrechts. Im Verfahrensrecht können sowohl prozessuale Sachregelungen, als auch Normen des internationalen Verfahrensrechts die Grundfreiheiten verletzen.

1. Privatrechtsnormen und Eröffnung des Anwendungsbereiches der Grundfreiheiten

Privatrechtsnormen können nur an den Grundfreiheiten gemessen werden, wenn sie in deren Anwendungsbereich fallen.

a. Der gegenständliche Anwendungsbereich

Im Binnenmarkt soll der freie Verkehr bestimmter Produktionsfaktoren und Waren gewährleistet werden. Diese Produktionsfaktoren legen den gegenständlichen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fest. Art. 14 Abs. 2 EG unterscheidet vier Grundfreiheiten: den freien Warenverkehr, den freien Personenverkehr, den freien Dienstleistungsverkehr und den freien

²⁷⁹ Diesen Begriff prägte: *Remien*, JZ 1994, 349 (349 f.).

²⁸⁰ *Basedow*, RabelsZ 1995, 1 (1 ff.).

²⁸¹ *Sonnenberger*, ZVglRWiss 1996, 3 (21); *ders.*, in: Münchener Kommentar, Bd. 10, Einleitung IPR, Rdnr. 152.

Kapitalverkehr. Der freie Personenverkehr gliedert sich in die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die Niederlassungsfreiheit²⁸².

Die Reichweite der einzelnen Grundfreiheiten hat der EuGH konkretisiert. Unter Ware versteht er alle körperlichen Gegenstände, die einen Handelswert haben und deshalb Gegenstand von Handelsgeschäften sein können²⁸³. Eine Niederlassung ist die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit²⁸⁴. Ein Arbeitnehmer übt eine unselbständige Tätigkeit in einem Lohn- oder Gehaltverhältnis aus²⁸⁵. Eine Dienstleistung ist gemäß Art. 50 EG eine Leistung, die gegen Entgelt erbracht wird und nicht schon den anderen Grundfreiheiten unterliegt. Der freie Kapital- und Zahlungsverkehr schützt Wertübertragungen in Form von Sach- oder Geldkapital zur Vermögensbildung oder zur Erfüllung einer Verbindlichkeit²⁸⁶.

b. Einordnung von Privatrechtsnormen in diesen Anwendungsbereich

An dieser Stelle kann keine Überprüfung und Einordnung jeder privatrechtlichen Regelung erfolgen, vielmehr soll gefragt werden, ob für einzelne Normenkomplexe²⁸⁷ des IPR und des Sachrechts, die im Zusammenhang zu betrachten sind, eine solche Eröffnung möglich erscheint. Dies ist legitim, da sich auch das Kollisionsrecht *Savigny'scher* Prägung immer auf bestimmte Gattungen von Sachnormen bezieht²⁸⁸.

aa. Privatrecht für natürliche Personen

Das internationale Privatrecht für natürliche Personen legt fest, nach welchem Recht sich die Entscheidung über die Rechts- und Geschäftsfähigkeit bestimmt. Nur derjenige, der sowohl rechts- als auch geschäftsfähig²⁸⁹ ist, kann selbständig im Rechtsverkehr auftreten. Dies gilt sowohl für die originäre Rechts- und Geschäftsfähigkeit als auch für die Stellvertretung²⁹⁰. Abhängig von dem konkreten Fall kann jede der Grundfreiheiten, zumindest bei

²⁸² Anders: *Behrens*, Jura 1989, 561 (570) und *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 656, die auch den freien Dienstleistungsverkehr als teilweise Personenfreiheit ansehen, was aber dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 2 zuwiderläuft.

²⁸³ EuGH, Rs. 7/68, Urt. v. 10.12.1968 - Kunstschatze - Slg. 1968, 633 (642).

²⁸⁴ EuGH, Rs. C-221/89, Urt. v. 25.7.1991 - Factortame II - Slg. 1991, I-3905 (3965, Rdnr. 20).

²⁸⁵ EuGH, Rs. 66/85, Urt. v. 3.7.1986 - Lawrie Blum - Slg. 1986, 2121 (2144, Rdnr. 17).

²⁸⁶ *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rdnr. 614, 616.

²⁸⁷ Die Darstellung der einzelnen Normenkomplexe orientiert sich im Folgenden an der Gliederung des Lehrbuchs: *von Bar*, IPR II, Besonderer Teil.

²⁸⁸ *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8, 28; *Kegel*, Allgemeines Kollisionsrecht, in: Stoffel/Volken, (Hrsg.), Mélanges Overbeck, 47 (51).

²⁸⁹ Eine Besonderheit bildet hier im deutschen Recht die Einschränkung der beschränkten Geschäftsfähigkeit (§ 106 BGB). Aber auch hierbei handelt es sich bei grenzüberschreitenden Sachverhalten um ein Problem des IPR der natürlichen Personen.

²⁹⁰ Zur Problematik näher: *Sonnenberger*, JZ 1998, 982 (984).

vermögensrechtlichen, wirtschaftlichen Auswirkungen²⁹¹, betroffen sein, denn derjenige, dessen Geschäftsfähigkeit nicht anerkannt wird, kann weder Verträge schließen noch Gesellschaften gründen.

Selbst das Namensrecht kann Auswirkungen auf die Grundfreiheiten haben²⁹². Dies stellte der EuGH in der Entscheidung *Konstantinidis*²⁹³ fest, in der er eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch bestimmte Transliterationsregeln des Namens für möglich erachtete, wenn die Pflicht besteht, den entstellten Namen bei der Berufsausübung zu verwenden.

bb. Vertragsrecht

Grundlage fast jeder rechtlich relevanten wirtschaftlichen Tätigkeit sind Verträge. Je nach Vertragstyp sind diese Verträge den einzelnen Grundfreiheiten zuzuordnen. Kaufverträge beziehen sich überwiegend auf Sachen, so dass die Warenverkehrsfreiheit einschlägig ist. Den Vertragsgegenstand von Dienst- und Werkverträgen bilden dagegen Dienstleistungen²⁹⁴. Arbeitsverträge betreffen zumeist die Arbeitnehmerfreizügigkeit, teilweise - vor allem für den Arbeitgeber - aber auch die Dienstleistungsfreiheit. Kündigungsschutzvorschriften könnten hingegen die Niederlassungsfreiheit beschränken. Gleiches kann für Mieterschutzvorschriften gelten. Die Beispiele belegen, dass das Vertragsrecht in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fällt²⁹⁵.

cc. Kaufmanns- und Gesellschaftsrecht

Die Beziehung des internationalen Kaufmanns- und Gesellschaftsrechts zur Niederlassungsfreiheit ist offensichtlich. Verbieten nationale Rechtsordnungen die Gründung und die Tätigkeit von Gesellschaften, ist die Niederlassungsfreiheit in ihrem gegenständlichen Anwendungsbereich betroffen. Gemäß Art. 48 Abs. 1 EG stehen die Gesellschaften den natürlichen Personen im Rahmen der Niederlassungsfreiheit gleich²⁹⁶.

²⁹¹ *Brödermann*, MDR 1992, 89 (91); *Schmeink*, Internationales Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht - Berührungspunkte und Konfliktbereiche, in: Coen (Hrsg.), Festschrift für Bleckmann, 251 (257); *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 373 (415); *Fischer*, Gemeinschaftsrecht und Staatsangehörigkeitsprinzip, in: von Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 157 (160, 167).

²⁹² *Benicke/Zimmermann*, IPRax 1995, 141 (142, 144).

²⁹³ EuGH, Rs. C-168/91, Urt. v. 30.3.1993 - *Konstantinidis* - Slg. 1993, I-1191.

²⁹⁴ Hier ist nicht von der deutschen, sondern von der europarechtlichen Definition der Dienstleistung in Art. 50 EG auszugehen.

²⁹⁵ So auch: *Basedow*, CMLR 1996, 1169 (1181).

²⁹⁶ Die sich hier ergebenden Probleme werden unter Teil 2, B.I.3. ausführlich behandelt.

dd. Recht der außervertraglichen Schuldverhältnisse

Im Rahmen des Rechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse spielt in der Gemeinschaft vor allem die Produkthaftung, die einen Bezug zur Warenverkehrsfreiheit aufweist, eine große Rolle. Auch wenn in diesem Bereich die Produkthaftungsrichtlinie zur Anpassung der Sachnormen erlassen wurde²⁹⁷, so umfasst diese doch nicht alle Fragen und löst nicht alle Probleme²⁹⁸. Je nachdem welches Recht auf diese nicht umfassten Sachverhalte anwendbar ist, können sich die mitgliedstaatlichen Regelungen und damit die Ergebnisse der Anwendung erheblich unterscheiden. Teilweise wird die Bedeutung der Produkthaftung im Binnenmarkt mit dem Argument bestritten, dass die Warenverkehrsfreiheit nicht für fehlerhafte Produkte gelte²⁹⁹. Ware kann jedoch jeder Gegenstand sein, der einen Handelswert hat. Selbst fehlerhafte Produkte besitzen einen solchen, auch wenn er geringer als derjenige mangelfreier Produkte ist.

In der Entscheidung Cowan³⁰⁰ hat der EuGH unter Zugrundelegung der Dienstleistungsempfängereigenschaft von Touristen festgestellt, dass von der Verweigerung von nationalen Ansprüchen auf Geldersatz unter Umständen Behinderungen für die passive Dienstleistungsfreiheit ausgehen können. Zwar ging es im konkreten Fall um staatliche Opferentschädigung, aber der EuGH machte in seinen Ausführungen deutlich, dass dies auf alle Entschädigungsregeln zutrifft, also auch auf die privatrechtlichen deliktischen Schadensersatzvorschriften.

Auch das Wettbewerbsrecht ist hier zu erwähnen. Es kann innergemeinschaftliche Einflüsse auf den Absatz und den Erwerb von Produkten ausüben³⁰¹. Vermarktungskampagnen im Rahmen von Printmedien können beispielsweise die Warenverkehrsfreiheit betreffen, solche in anderen Medien die Dienstleistungs-

²⁹⁷ ABl. EG 1985 Nr. L 210, 29.

²⁹⁸ Beispielsweise wird nach Art. 9 der Produkthaftungsrichtlinie keine Regelung zu immateriellen Schäden getroffen. Dazu: *Remien*, CMLR 2001, 53 (67); *Höpping*, Warenverkehrsfreiheit und IPR, 134; *Roth*, Die Grundfreiheiten und das Internationale Privatrecht, in: Schack (Hrsg.), Festschrift für Lüderitz, 635 (637).

²⁹⁹ *Basedow*, RabelsZ 1995, 1 (38); *Sonnenberger*, in: Münchener Kommentar, Bd. 10, Einleitung IPR, Rdnr. 148; Dagegen: *Höpping*, Warenverkehrsfreiheit und IPR, 132; *Schulz*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem gemeinsamen Markt, 132; *Roth*, Die Grundfreiheiten und das Internationale Privatrecht, in: Schack (Hrsg.), Festschrift für Lüderitz, 635 (647 f.), der deutlich macht, dass die Vertreter, die eine Einbeziehung in die Warenverkehrsfreiheit verneinen, einen falschen Ansatzpunkt wählen. Nicht ein Recht zur Schädigung Dritter soll verliehen werden, sondern die Grundfreiheiten richten sich an die Mitgliedstaaten, die Behinderungen der Verkehrsfreiheiten beseitigen sollen.

³⁰⁰ EuGH, Rs. 186/87, Urt. v. 6.12.1988 - Cowan - Slg. 1989, 195 (221, Rdnr. 17).

³⁰¹ *Sonnenberger*, in: Münchener Kommentar, Bd. 10, Einleitung IPR, Rdnr. 159. Diese Erwägungen liegen auch der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (ABl. EG 2000, Nr. L 178, 1) zugrunde. Zu den kollisionsrechtlichen Regelungen: *Mankowski*, ZVglRWiss 2001, 137 (137 ff.).

freiheit³⁰². Es können insofern der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit und der der Dienstleistungsfreiheit eröffnet sein.

ee. Sachenrecht

Wie schon erläutert wurde, sind Verträge über Sachen der Warenverkehrsfreiheit zuzuordnen, wobei aber auch andere Grundfreiheiten tangiert sein können. Bedeutung erlangen hierbei vor allem die Sicherungsrechte, die bei Grenzüberschreitung gegebenenfalls erlöschen³⁰³. Dieses Problem stellt sich insbesondere bezüglich der besitzlosen Kreditsicherheiten, da auf diesem Gebiet große sachrechtliche Divergenzen innerhalb der Gemeinschaft bestehen³⁰⁴. Die Dienstleistungsfreiheit der Banken könnte zum Beispiel dann beschränkt sein, wenn sie ein Darlehen an einen Kunden in einem anderen Mitgliedstaat vergeben wollen, sich hierfür eine Sicherheit - beispielsweise in Form einer Sicherungsübereignung an einem Fahrzeug - einräumen lassen, diese jedoch bei Grenzübertritt unwirksam wird³⁰⁵. Ähnliche Auswirkungen hat die Einräumung eines Eigentumsvorbehaltes auf die Warenverkehrsfreiheit³⁰⁶.

Gegen eine Einbeziehung des Sachenrechts könnte hingegen Art. 295 EG sprechen, wonach der EG-Vertrag die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt lässt³⁰⁷. Unter Eigentumsordnung in diesem Sinne ist jedoch nicht das private Sachenrecht zu verstehen. Vielmehr ergibt sich bei einer historischen Betrachtung der Norm, dass öffentlich-rechtliche Maßnahmen, wie Verstaatlichungen und Privatisierungen, aus dem Anwendungsbereich des EG-Vertrages fallen³⁰⁸. Der Vertrag sollte nicht an dem unterschiedlichen Grad der Verstaatlichung in den Mitgliedstaaten scheitern³⁰⁹. Die privatrechtliche Ausgestaltung der Eigentumsordnung darf dagegen die wirtschaftlichen

³⁰² *Dethloff*, JZ 2000, 179 (183). Vgl. auch: EuGH, Rs. C-34-36/95, Urt. v. 9.7.1997 - de Agostini - Slg. 1997, I-3843.

³⁰³ *Roth*, ZEuP 1994, 5 (23); *Drobnič*, Vorüberlegung zu einem europäischen Sachenrecht, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, 169 (170).

³⁰⁴ *Drobnič*, Vorüberlegungen zu einem europäischen Sachenrecht, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, 169 (174).

³⁰⁵ Dieses Problem ergibt sich, da anderen Rechtsordnungen, wie z.B. dem österreichischen, französischen und italienischen Recht eine besitzlose und auch sonst jeder Publizität entbehrende Sicherungsübereignung nicht bekannt ist, vgl. nur: Österreichischer OGH IPRax 1985, 165 (166) mit Anm. *Martiny*, IPRax 1985, 168 (168). Allgemein: *Kreuzer*, Europäisches Mobiliarsachenrecht oder: Von den Grenzen des Internationalen Privatrecht, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), Mélanges von Overbeck, 614 (616);

³⁰⁶ Weitere Beispiele: *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 36.

³⁰⁷ So beispielsweise: *Sonnenberger*, JZ 1998, 982 (987).

³⁰⁸ *Hochbaum*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/ EG-Vertrag, 5. Aufl., Bd. 5, Art. 222, Rdnr. 6, 8; *Engel*, ZfRV 1999, 121 (126). *Bär-Bouyssière*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 295, Rdnr. 7 fasst dagegen jetzt unter den Begriff Eigentumsordnung vor allem die Rechte des Eigentümers beim Entzug. Die Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen wurde damit aufgegeben.

³⁰⁹ *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 127.

Freiheiten nicht behindern³¹⁰. Dies macht auch die Bezugnahme auf sachenrechtliche Regelungen in einigen Vorschriften der Grundfreiheiten (Bsp.: Art. 44 Abs. 1 lit. e EG; Art. 30 EG) deutlich und wurde zudem vom EuGH in seiner Entscheidung *Fearon/Irish Land Commission*³¹¹ ausdrücklich festgestellt.

ff. Familienrecht

Während eine Subsumtion unter die Grundfreiheiten für die anderen Materien relativ unproblematisch möglich war, erscheint dies im Familienrecht schwieriger. Hier kommt nur eine Beziehung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und zur Niederlassungsfreiheit in Betracht³¹². Grundlage könnten einige Richtlinien und Verordnungen (z.B. Art. 10, 11, 12 VO 1612/68³¹³; Art. 3 VO 1251/70, RL 64/122/EWG³¹⁴, RL 90/364/EWG³¹⁵) bilden³¹⁶, in denen die Begriffe Kinder, Ehegatten, Verwandte und Familienangehörige im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit genannt werden. So kann ein Ehegatte nur in den Schutzbereich der VO 1612/68 fallen, wenn die Ehe im Destinationsland auch anerkannt wird. Ein adoptiertes Kind hat nur dann das Recht gemäß Art. 12 VO 1612/68, am allgemeinen Unterricht teilzunehmen, wenn die Adoption als wirksam angesehen wird. Schon diese sekundärrechtlichen Begriffe können zumindest dann nicht mehr autonom von der Gemeinschaft ausgelegt werden³¹⁷, wenn beispielsweise über die Wirksamkeit von Scheidungen und Adoptionen zu

³¹⁰ *Sonnenberger*, in: Münchener Kommentar, Einleitung IPR, Rdnr. 160; *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 127; *Engel*, ZfRV 1999, 121 (126).

³¹¹ EuGH, Rs. 182/83, Urt. v. 6.11.1984 - *Fearon/Irish Land Commission* - Slg. 1984, 3677 (3684, Erwägungsgrund 6).

³¹² So auch: *Remien*, CMLR 2001, 53 (70, 74); *Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza, 2. *Martiny*, *RabelsZ* 1995, 419 (430) und *ders.*, Die Möglichkeit der Vereinheitlichung des Familienrechts innerhalb der Europäischen Union, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, 177 (185), führt an, dass im Familienrecht mögliche Hindernisse für den freien Personenverkehr bestehen. Eine Beziehung des Familienrechts im Allgemeinen zum Markt lehnen dagegen ab: *Koch*, *ERPL* 1995, 329 (331); *Engel*, *ZfRV* 1999, 121 (126); *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 373 (386, 415). *Kreuzer* scheint sich jedoch, indem er von einer Gemeinschaftsrelevanz insbesondere von Statusfragen des Eherechts ausgeht (Seite 410), zu widersprechen.

³¹³ *ABl. EG* 1968 Nr. L 257, 2; *Brechmann*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 39, Rdnr. 21 ff., 68 ff.

³¹⁴ *ABl. EG* 1964, 850.

³¹⁵ *ABl. EG* 1990, Nr. L 180, 26.

³¹⁶ *Roth*, *RabelsZ* 1991, 623 (635); *Ziekow*, *DÖV* 1991, 363 (363 ff.); *Martiny*, *RabelsZ* 1995, 418 (435).

³¹⁷ *Roth*, *RabelsZ* 1991, 623 (636) schlägt eine autonome Ausbildung unter Rückbindung an die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten vor. Eine autonome Auslegung von Begrifflichkeiten im Sekundärrecht befürwortet auch *Reich*, EG-Richtlinien und Internationales Privatrecht, in: *Lagarde/von Hoffmann* (Hrsg.), Die Europäisierung des internationalen Privatrechts, 109 (112). Für eine autonome Auslegung spricht die Handhabung des EuGH im Rahmen des EuGVÜ. Er befürwortet hier eine solche mit dem Argument, dass sich aus dem Übereinkommen für die betroffenen Personen soweit wie möglich einheitliche Rechte und Pflichten ergeben sollen, vgl.: *Kohler*, Die Formung europäischen Kollisionsrechts durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: *Reichelt* (Hrsg.), Europäisches Kollisionsrecht, 15 (21). Von der Unmöglichkeit einer autonomen Auslegung geht dagegen *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 373 (410), aus.

entscheiden ist. Entsprechende gemeinschaftliche Rechtsregeln existieren nicht, so dass ein mitgliedstaatliches Recht berufen werden muss, nach dem sich bestimmt, ob eine Ehe weiter Bestand hat oder das Kind Familienmitglied geworden ist. Der EuGH³¹⁸ stellte etwa - nachdem er jedoch eine autonome Auslegung bejahte - bei der Definition des Begriffes des Ehegatten darauf ab, ob die Beziehung auf einer Ehe beruht. Es genüge nicht, dass der „Partner eine feste Beziehung zum Arbeitnehmer hat“. Er bezog sich hier also auf die Eheschließung³¹⁹. Jedoch richtet sich die Wirksamkeit einer solchen Eheschließung nach nationalem Recht und kann nicht autonom bestimmt werden. Auch bezüglich der Dauer der Ehegatteneigenschaft musste der EuGH auf nationales Recht zurückgreifen³²⁰.

Eine Beziehung des Familienrechts zu den Grundfreiheiten kann darüber hinaus auch direkt, also ohne Rückgriff auf Sekundärrechtsakte, nachgewiesen werden. Die Ausweitung der Mobilität der Arbeitnehmer und Selbständigen führt auch immer mehr zu einer Europäisierung der persönlichen Verhältnisse. Eine erneute Heirat im europäischen Ausland oder mit einem ausländischen Partner ist längst keine Seltenheit mehr, setzt jedoch die Anerkennung der Scheidung in diesem Mitgliedstaat voraus. Ein Arbeitnehmer könnte sich in seiner Freizügigkeit behindert sehen, wenn eine Scheidung oder aber auch eine Eheschließung nicht anerkannt würde. Diese europäische Dimension entfalten nicht nur die Entscheidungen über den Status, sondern auch familienrechtliche Folgeentscheidungen (Bsp. Unterhalt; Umgangsrecht; Sorgerecht³²¹). Eine anders lautende Entscheidung des EuGH³²² muss als überholt angesehen werden. Der Gerichtshof hatte in einem Urteil, in dem es um den Versorgungsausgleich ging, ausgeführt, dass weder die nationalen Bestimmungen des internationalen Privatrechts, die das auf die Ehescheidungsfolgen anwendbare nationale materielle Recht bestimmen, noch die nationalen privatrechtlichen Bestimmungen, die die materiell-rechtliche Regelung der Scheidungsfolgen enthalten, in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen³²³. Dieses Urteil erging vor dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages, also auch vor der Etablierung des Zieles der Errichtung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Dieser dient einem „Europa der Bürger“ und weitet die Kompetenzen und

³¹⁸ EuGH, Rs. 59/85, Urt. v. 17.4.1986 - Reed - Slg. 1986, 1283 (1300, Rdnr. 15 f.).

³¹⁹ *Schockweiler*, La Codification du Droit international privé dans la Communauté Européenne, in: Borrás u.a. (Hrsg.), *Liber amicorum Droz*, 391 (399 f.).

³²⁰ EuGH, Rs. 267/83, Urt. v. 13.2.1985 - Diatta - Slg. 1985, 567 (590, Rdnr. 20).

³²¹ Dazu ausführlich: *Dethloff*, Arguments for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe, in: Boele-Woelki (Hrsg.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, 37 (46 f.).

³²² EuGH, Rs. C-430/97, Urt. v. 10.6.1999 - Johannes - Slg. 1999, I-3475. Problematisch ist dieses Urteil schon wegen der Verneinung des grenzüberschreitenden Bezuges. Dazu: *Rigaux*, IPRax 2000, 287 (288).

³²³ EuGH, Rs. C-430/97, Urt. v. 10.6.1999 - Johannes - Slg. 1999, I-3475 (3495, Rdnr. 27).

den Anwendungsbereich des Vertrages auf Materien aus, die vorher nicht umfasst waren. Er bewirkt damit mittelbar auch eine Ausdehnung des Binnenmarkt Begriffes. Persönliche Beziehungen können zumindest mittelbar mit der Wirtschaft verflochten sein. Ist dies der Fall, ist der Binnenmarkt betroffen. Dies gilt konkret für familienrechtliche Folgeentscheidungen, die aufgrund dieser dynamischen Interpretation nunmehr auch binnenmarktrelevant sind³²⁴. Die Frage, wem die elterliche Sorge für ein gemeinsames Kind zusteht, hat beispielsweise Bedeutung für den Binnenmarkt³²⁵.

Das Ehe- und Familienrecht hat somit eine enge Beziehung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und ist von dieser umfasst.

gg. Erbrecht

Die Beziehung des Erbrechts zu den Grundfreiheiten gestaltet sich kompliziert. Eine direkte Verbindung ist nicht ersichtlich. Es existieren auch keine Sekundärrechtsakte, die sich auf das Erbrecht beziehen. Aber auch ohne diese kann eine Beziehung zu den Personenverkehrsfreiheiten entwickelt werden, wobei auch hier eine Ausweitung des Binnenmarkt Begriffes durch den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zugrunde zu legen ist. So könnte das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht Einfluss auf die Niederlassungsfreiheit haben, weil sich die Rechtsnachfolge in der Gesellschaft ändern könnte³²⁶. Auch Arbeitnehmer würden möglicherweise nicht ihren gewöhnlichen Aufenthalt verändern, wenn die Verfügung von Todes wegen ihre Gültigkeit verlöre oder sich die gesetzliche Erbfolge änderte³²⁷. Es ist denkbar, dass Unionsbürger keine Immobilien in anderen Mitgliedstaaten erwerben, da ihnen die erbrechtliche Lage zu ungewiss ist. Dies könnte die passive Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigen. Das Verbot für den Erben oder Erblasser, bestimmte Verträge zu schließen, könnte die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigen. Auch das Erbrecht hat damit durchaus Bezug zu den Grundfreiheiten.

³²⁴ Zum gleichen Ergebnis jedoch ohne Bezugnahme auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts kommt: *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 102 ff.

³²⁵ *Jayne/Kohler*, IPRax 2002, 461 (462).

³²⁶ *Verbeke/Leleu*, Harmonization of the Law of Succession in Europe, in: Hartkamp u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 173 (182).

³²⁷ *von Hoffmann*, The Relevance of European Community Law, in: von Hoffmann (Hrsg.), European Private International Law, 19 (30). Bezüglich der Testierfreiheit in Frankreich: *Remien* CMLR 2001, 53 (72, 74). Weitere Beispiele finden sich bei *Hahn*, The legal protection of the family in matters of succession – Initial results of the study in private international law on succession and wills at the request of the Commission, in: Council of Europe, 6th European conference on family law, 14 and 15 October 2002, Strasbourg – Proceedings CONF/FAMN (2002) PRO), 25 ff.

hh. Prozessrecht

Ein freier Personenverkehr ist nur gewährleistet, wenn die Rechtssuchenden ihre Rechte geltend machen können, wobei ihnen die gleichen Garantien geboten werden müssen wie vor den Gerichten des Heimatlandes³²⁸. Es genügt deshalb schon, dass der Bürger auf eine Grenzüberschreitung verzichtet oder die Möglichkeit besteht, dass er von einer Grenzüberschreitung absieht, weil er seine Rechte in seinem Heimatland leichter und kalkulierbarer durchsetzen kann³²⁹. Eine bedeutende Rolle spielen hier die Kostenbelastungen, die Beweisregeln und die Partei- und Prozessfähigkeit³³⁰. Je nachdem, worauf sich der prozessuale Rechtsschutz bezieht, sind die entsprechenden Grundfreiheiten betroffen. Dies werden insbesondere der freie Warenverkehr und der freie Dienstleistungsverkehr sein, da die typischen grenzüberschreitenden Verträge diese Grundfreiheiten betreffen³³¹.

ii. Ergebnis

Für jede der genannten Materien besteht ein Bezug zu den Grundfreiheiten. Dieser ist freilich nicht in jedem konkreten Einzelfall gegeben, aber doch für alle Materien denkbar. Es genügt eine bloße Berührung der Grundfreiheiten, auch wenn die Rechtsprechung des EuGH teilweise anderes vermuten lässt³³². Dieser griff in mehreren Entscheidungen auf das allgemeine Diskriminierungsverbot zurück³³³. Jedoch war in den konkreten Fällen für den Gerichtshof aufgrund der allgemein gestellten Vorlagefrage nicht ersichtlich, welche Grundfreiheit einschlägig war³³⁴ oder der gegenständliche Anwendungsbereich war gerade nicht

³²⁸ Grünbuch der Kommission Prozesskostenhilfe in Zivilsachen: Probleme der Parteien bei grenzüberschreitenden Streitsachen, KOM (2000), 51 endg., 4, 9.

³²⁹ *Schelo*, Rechtsangleichung im Europäischen Zivilprozeßrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz, 8.

³³⁰ *Wolf*, Abbau prozessualer Schranken im europäischen Binnenmarkt, in: Grunsky u.a. (Hrsg.), Wege zu einem europäischen Zivilprozeßrecht, 35 (38). Bezüglich Prozesskostenhilfe: Grünbuch der Kommission Prozesskostenhilfe in Zivilsachen: Probleme der Parteien bei grenzüberschreitenden Streitsachen, KOM (2000), 51 endg., 8, 12.

³³¹ *Roth*, Grundfreiheiten des EG-Vertrages und nationales Zivilprozeßrecht, in: Müller-Graff/Roth (Hrsg.), Recht und Rechtswissenschaft, 351 (351).

³³² So *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 668, der Art. 12 EG dann für einschlägig erachtet, wenn sich die Bestimmungen in ihrer Zielrichtung nicht gegen eine bestimmte Grundfreiheit richten, sondern allgemein und unspezifisch die Ausübung der Grundfreiheiten behindern können.

³³³ EuGH, Rs. 186/87, Urt. v. 2.2.1989 - Cowan - Slg. 1989, 195 (220 ff., Rdnr. 14 ff.); EuGH, Rs. 293/83, Urt. v. 13.2.1985 - Gravier - Slg. 1985, 593 (613 ff. Rdnr. 24 ff.); EuGH, verb. Rs. C-92/92 und C-326/92, Urt. v. 20.10.1993 - Phil Collins u.a. - Slg. 1993, I - 5145 (5180, Rdnr. 27); EuGH, Rs. C-43/95, Urt. v. 26.9.1996 - Data Delecta und Forsberg - Slg. 1996, I-4661 (4675 f., Rdnr. 14).

³³⁴ Bsp.: EuGH, verb. Rs. C-92/92 und C-326/92, Urt. v. 20.10.1993 - Phil Collins u.a. - Slg. 1993, I - 5145 (5174, Rdnr. 6); Vorlagefrage des Landgerichts München I.: „Unterfällt das Urheberrecht dem Diskriminierungsverbot des Artikels 7 Absatz 1 EWG-Vertrag?“

eröffnet. Eine andere Auslegung würde auch der ausdrücklich in Art. 12 EG verankerten Subsidiarität widersprechen³³⁵.

2. Eingriff durch Privatrechtsnormen

Die Grundfreiheiten enthalten nach allgemeiner Meinung ein Diskriminierungs- und ein allgemeines Beschränkungsverbot³³⁶. Diese Verbote gelten für Privatrechtsnormen in gleichem Maße wie für Normen des öffentlichen Rechts³³⁷. Die Kontrolle zivilrechtlicher Regeln weist insoweit keinerlei Besonderheiten auf. Insbesondere geht es hier nicht um den Fall der Drittwirkung von Grundfreiheiten, sondern um staatliche Privatrechtssetzung³³⁸. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die materiell privatrechtlichen Regelungen von den Gerichten des erlassenden Mitgliedstaates oder von denen eines anderen Mitgliedstaates angewandt werden³³⁹.

a. Diskriminierungsverbot

Nach Erörterung des Inhalts des Diskriminierungsverbotes wird zu fragen sein, ob privatrechtliche Regelungen hiergegen in der Weise verstoßen, dass ein unmittelbarer kollisionsrechtlicher Gehalt bejaht werden kann.

aa. Inhalt und Regelung

Das Diskriminierungsverbot statuiert, dass Waren, Arbeitnehmer, Selbständige, Dienstleistungen und ihre Erbringer sowie Kapital anderer Mitgliedstaaten aufgrund der ausländischen Herkunft nicht schlechter behandelt werden dürfen als Inländer bzw. inländische Waren, Dienstleistungen und Kapital (Gebot der

³³⁵ Ähnlich: *Roth*, Grundfreiheiten des EG-Vertrages und nationales Zivilprozeßrecht, in: Müller-Graff/Roth (Hrsg.), *Recht und Rechtswissenschaft*, 351 (355), der von einer Ausweitung des Anwendungsbereiches in „methodisch anfechtbarer Weise“ spricht.

³³⁶ Zur Ausweitung der Grundfreiheiten zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot: Teil 2, B.I.2.b.aa.

³³⁷ Dies ergibt sich schon daraus, dass es von den Rechtstraditionen der einzelnen Mitgliedstaaten abhängt, ob ein Problem durch eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Norm geregelt wird, vgl.: *Kieninger*, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, 124. Ebenso: *Roth*, *VersR* 1993, 129 (133); *Remien* *JZ* 1994, 349 (352); *von Wilmsky*, *RabelsZ* 1998, 1 (3) *Mülbert*, *ZHR* 1995, 2 (8). Hier ist *Höpping*, *Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR*, 98 ff., entgegenzutreten, die zwischen der Anwendung von Privatrecht und öffentlichem Recht unterscheidet. Dies begründet sie damit, dass das öffentliche Recht die hoheitliche Beziehung zwischen einem Staat und dem Bürger regelt und die Gerichte nur die Normen des eigenen Landes anwenden würden. Das Privatrecht regelt dagegen ein Privatrechtsverhältnis. Die mitgliedstaatlichen Gerichte würden unter Umständen Rechtsnormen eines anderen Mitgliedstaates anwenden. Dies spielt aber bei der Beurteilung, ob eine Privatrechtsnorm diskriminierend wirkt, keine Rolle, denn, wie schon erläutert wurde, unterliegt eine Privatrechtsnorm selbst dann der Kontrolle durch die Grundfreiheiten, wenn sie vom Gericht eines anderen Mitgliedstaates angewandt wird. Des Weiteren muss angeführt werden, dass dem Gesetzgeber häufig die Wahl zwischen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Regelungsmodalitäten zusteht. *Drasch*, *Das Herkunftslandsprinzip im internationalen Privatrecht*, 211 spricht von einer Funktionsäquivalenz.

³³⁸ Insoweit zutreffend: *Drasch*, *Das Herkunftslandsprinzip im internationalen Privatrecht*, 210.

³³⁹ EuGH, Rs. 106/77, *Urt. v. 9.3.1978 - Simmenthal II - Slg.* 1978, 629 (643f.); *Höpping*, *Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR*, 89.

Inländergleichbehandlung). Ihnen darf durch ihren fremden Ursprung kein Nachteil entstehen³⁴⁰. Es muss zwischen offener (formeller) und versteckter (materieller) Diskriminierung unterschieden werden. Während bei einer offenen Diskriminierung ausdrücklich an das verbotene Diskriminierungskriterium angeknüpft wird, liegt eine versteckte Diskriminierung vor, wenn keine direkte Bezugnahme auf die Staatsangehörigkeit oder die Herkunft der Ware erfolgt, aber Ausländer oder ausländische Waren zahlenmäßig häufiger betroffen sind³⁴¹. Dies kann beispielsweise bei der Zugrundelegung des Wohnsitzes oder bei Residenzpflichten der Fall sein³⁴².

Für die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit sowie für die Arbeitnehmerfreizügigkeit wird das Diskriminierungsverbot in den entsprechenden Vorschriften explizit geregelt³⁴³. Die Warenverkehrsfreiheit trifft dagegen keine solche ausdrückliche Regelung. Jedoch hat der EuGH das Verbot von Diskriminierungen auch bei dieser Grundfreiheit anerkannt³⁴⁴.

bb. Kollisionsrechtlicher Gehalt

Bei der Erörterung einer Diskriminierung wird die Behandlung des Ausländers, des ausländischen Produktes oder der Dienstleistung mit der von Inländern bzw. inländischen Dienstleistungen und Produkten verglichen. Ausländer dürfen nicht schlechter behandelt werden, auf sie muss deshalb dasselbe Recht Anwendung finden, das für Inländer gilt. Grundlage bildet hier also das Bestimmungslandprinzip. Eine Ware, Leistung oder Niederlassung muss den Bestimmungen des Mitgliedstaates entsprechen, in dem sie vertrieben oder erbracht bzw. errichtet werden soll. Ausländische Arbeitnehmer und Arbeitgeber müssen nach den gleichen Vorschriften behandelt werden wie inländische Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Es könnte daraus geschlossen werden, dass auch im Privatrecht immer das Recht des Empfangsstaates Anwendung findet.

³⁴⁰ Die Notwendigkeit der Benachteiligung erkennen auch: *Schulz*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem gemeinsamen Markt, 131; *Fischer*, Gemeinschaftsrecht und Staatsangehörigkeitsprinzip, in: von Bar (Hrsg.), Gemeinschaftsrecht und Staatsangehörigkeitsprinzip, 157 (160).

³⁴¹ *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 667.

³⁴² EuGH, Rs. 152/73, Urt. v. 12.2.1974 - Sotgui - Slg. 1974, 153 (165, Rdnr. 12 f.).

³⁴³ Art. 39 Abs. 2 EG, Art. 43 Abs. 1 EG, Art. 49 Abs. 1 EG.

³⁴⁴ Dies gilt schon seit der Entscheidung *Dassonville*, die diskriminierende Maßnahmen ohne Weiteres unter den Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung fasste, EuGH, Rs. 8/74, Urt. v. 11.7.1974 - *Dassonville* - Slg. 1974, 837 (852, Rdnr.5). Vgl. auch: EuGH, Rs. 12/74, Urt. v. 20.2.1975 - *Kommission/Deutschland* - Slg. 1975, 181 (198, Rdnr. 14).

cc. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

(1) Privatrechtliche Sachregelungen als Diskriminierungen

(a) Vorliegen einer Diskriminierung

Nur wenn privatrechtliche Regelungen überhaupt Diskriminierungen darstellen, d.h. wenn sie unter den Tatbestand der Norm fallen können, erscheint es möglich, dass die Grundfreiheiten bestimmen, welches Privatrecht angewendet werden soll.

Eine privatrechtliche Regelung ist dann diskriminierend, wenn sie an das Verhalten des Ausländers strengere Maßstäbe setzt als an das des Inländers. Eine rechtliche Regelung kann deshalb nur gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, wenn sie sich auf verschiedene Fälle in einer anderen Art und Weise auswirkt oder wenn daneben eine zweite Regelung besteht, die gleichartige ausländische Sachverhalte anders behandelt³⁴⁵. Diese Möglichkeit zeigen folgende Beispiele³⁴⁶:

§ 92 c Abs. 1 HGB a.F. bestimmte, dass von den Vorschriften der §§ 84 ff. HGB abgewichen werden konnte, wenn sich die Niederlassung des Handelsvertreters außerhalb Deutschlands befand. Dies stellte eine versteckte Diskriminierung dar, da insbesondere der Ausgleichsanspruch des § 89 b Abs. 4 HGB für Handelsvertreter mit ausländischer Niederlassung ausgeschlossen werden konnte³⁴⁷, während er in Deutschland zwingend war. § 239 BGB regelt, dass nur derjenige tauglicher Bürge für Sicherheitsleistungen im Sinne von § 232 BGB ist, der seinen allgemeinen Gerichtstand im Inland hat. Der allgemeine Gerichtsstand ist nach § 12 ZPO und Art. 2 EuGVVO vom Wohnsitz abhängig, so dass darin eine versteckte Diskriminierung³⁴⁸ zu sehen sein könnte. Bedeutung hat diese Regelung für die Dienstleistungsfreiheit von Banken. Da nur inländische Banken ihren Sitz im Inland haben, könnten ausländische Banken bei der Erbringung der entsprechenden Sicherheit benachteiligt werden.

Den EuGH³⁴⁹ beschäftigte auch die Vereinbarkeit einer mitgliedstaatlichen Rechtsvorschrift über die Befristung von Arbeitsverträgen mit der

³⁴⁵ *Classen*, EWS 1995, 97 (97).

³⁴⁶ Diese Aufzählung erhebt keinesfalls den Anspruch auf Vollständigkeit. Weitere Beispiele sind u.a. die Beschränkung des Urheberrechtsschutzes für ausländische Staatsangehörige durch § 121 Abs. 1-4 UrhG und der Schutz des ausübenden Künstlers durch § 125 Abs. 2 - 4 UrhG.

³⁴⁷ OLG München, IPRax 1997, 44. Diese Vorschrift wurde in Umsetzung der Handelsvertreterrichtlinie geändert. Näher dazu: *Fuchs*, IPRax 1997, 32 (32 ff.).

³⁴⁸ *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 222. Vgl. auch: *Ehricke*, EWS 1994, 259 (261), der eine Abgrenzung zur Freiheit des Kapitalverkehrs vornimmt.

³⁴⁹ EuGH, verb. Rs. C-259/91, C-331/91 und C-332/91, Urt. v. 2.8.1993 - Allué u.a. - Slg. 1993, I-4309 (4309 ff.).

Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 Abs. 2 EG). Die entsprechende Vorschrift besagte, dass die Dauer von Arbeitsverträgen von Fremdsprachenlektoren allgemein auf ein Jahr zu begrenzen war. Der EuGH stellte fest, dass nur 25 % der betroffenen Lektoren Inländer waren und nahm deshalb eine versteckte Diskriminierung an. Eine mögliche Rechtfertigung verneinte er im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, da ein ständiger Bedarf an Lehrkräften bestünde und eine Kündigung im gegebenen Falle eine geringere Beschränkung darstellen würde. *Steindorff* schließt daraus, dass alle Normen, die Privatrechtsverhältnisse gestalten, automatisch einer solchen Verhältnismäßigkeitskontrolle unterliegen müssen³⁵⁰. Ihm ist sicher zuzugeben, dass auch Privatrechtsnormen anhand der Grundfreiheiten geprüft werden müssen. Zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung kann es jedoch nur kommen, wenn die Voraussetzungen der Beeinträchtigung erfüllt sind.

(b) Rechtfertigung

Diskriminierende mitgliedstaatliche Regelungen können aufgrund der geschriebenen Rechtfertigungsgründe³⁵¹ dennoch Anwendung finden. Diese Schranken sind in den Art. 30 EG für die Warenverkehrsfreiheit und in Art. 46 EG für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit abschließend geregelt. Art. 39 Abs. 3 EG rechtfertigt Beschränkungen im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die mitgliedstaatlichen Maßnahmen, die aufgrund dieser Regelungen getroffen werden, müssen verhältnismäßig sein und dürfen keine willkürliche Diskriminierung darstellen.

Gründe der öffentlichen Ordnung³⁵², Sicherheit³⁵³, Sittlichkeit³⁵⁴ und Gesundheit sind für die Rechtfertigung von Handelsbeschränkungen durch Privatrechts-

³⁵⁰ *Steindorff*, JZ 1994, 95 (97).

³⁵¹ Auch Beeinträchtigungen des allgemeinen Diskriminierungsverbots können gerechtfertigt werden. Dieser Rechtfertigung müssen objektive Kriterien zugrunde liegen (EuGH, Rs. C-398/92, Urt. v. 10.2.1994 – *Mund & Fester* - Slg. 1994, I-467 [4676, Rdnr. 17]). Strittig ist, ob dies nur für versteckte oder auch für offene Diskriminierungen gilt (dazu: *Holoubek*, in: Schwarze [Hrsg.], EU-Kommentar, Art. 12 EGV, Rdnr. 52 ff.; *Roth*, Grundfreiheiten des EG-Vertrages und nationales Zivilprozessrecht, in: Müller-Graff/Roth [Hrsg.], Recht und Rechtswissenschaft, 351 [357]).

³⁵² Hierunter ist die Gesamtheit der hoheitlich festgelegten, unverzichtbaren Grundregeln, die im Interesse der politischen und sozialen Struktur der Gesellschaft von einem Mitgliedstaat erlassen werden, zu verstehen. Dabei muss ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt werden, vgl.: *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Artikel 30, Rdnr. 50. Hierzu zählen nicht der Verbraucherschutz und die Lauterkeit des Handelsverkehrs, vgl.: *Höpping*, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 76, Fn. 326.

³⁵³ Die öffentliche Sicherheit betrifft das Schutzsystem des Staates zur Erhaltung des Gewaltmonopols, vgl.: *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 30, Rdnr. 33.

³⁵⁴ Die öffentliche Sittlichkeit umfasst die Moralvorstellungen, nach denen sich das Zusammenleben der Menschen gestalten soll, vgl.: *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 30, Rdnr. 34.

normen aufgrund der restriktiven Auslegung durch den EuGH³⁵⁵ nicht ersichtlich. Die Mitgliedstaaten dürfen zwar grundsätzlich die Begriffe im Einklang mit ihrer eigenen Werteordnung und in der von ihnen gewählten Form ausfüllen³⁵⁶, es müssen aber wesentliche Interessen des Staates, also grundlegende Entscheidungen der Gesellschaft betroffen sein³⁵⁷. Hierzu zählt nicht die inhaltliche Ausgestaltung einzelner privatrechtlicher Normen, sondern gehören allenfalls Grundsätze, auf denen das gesamte Privatrecht beruht, wie der von Treu und Glauben (§ 242 BGB) im deutschen Recht³⁵⁸. Diese Grundsätze beinhalten aber keine Diskriminierungen und stehen damit nicht in Frage. Der Schutz des nationalen Kulturgutes und des gewerblichen und kommerziellen Eigentums (Art. 30 EG) kommt als Rechtfertigungsgrund lediglich im Rahmen des hier nicht behandelten Teilgebiets des Urheberrechts in Betracht³⁵⁹. Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe sind damit für Privatrechtsnormen nicht einschlägig.

(c) Ergebnis

Privatrechtssachnormen können diskriminierend wirken. Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe greifen nicht. Zahlreiche dieser Normen wurden schon beseitigt, es sind aber noch immer Diskriminierungen in den mitgliedstaatlichen Privatrechten zu finden.

(2) Einzelne Kollisionsnormen als Diskriminierungen

Bezüglich des Verstoßes einzelner Kollisionsnormen gegen das Diskriminierungsverbot wird insbesondere im deutschen Recht seit Jahren eine intensive Diskussion geführt.

(a) Kollisionsnormen des besonderen internationalen Privatrechts

Auf dem Prüfstand befanden sich hier vor allem der inzwischen geänderte Art. 38 EGBGB³⁶⁰ (privilegium germanicum im internationalen Deliktsrecht) und die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit³⁶¹. In der Anknüpfung an den Sitz des

³⁵⁵ Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 30, Rdnr. 52 f., 56 ff.

³⁵⁶ EuGH, Rs. 34/79, Urt. v. 14.12.1979 - Henn und Darby - Slg. 1979, 3795 (3813, Rdnr. 15); Steindorff, ZHR 1996, 687 (695).

³⁵⁷ Höpping, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 76.

³⁵⁸ Langner, RabelsZ 2001, 222 (238).

³⁵⁹ Eine Begründung dafür, dass hierauf nicht näher eingegangen wird, findet sich unter Teil 2, B.2.b.cc.)(1)(a).

³⁶⁰ Diese Vorschrift besagte, dass aus einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden können, als nach deutschen Gesetzen begründet sind. Dies bedeutet eine Diskriminierung der ausländischen Opfer, die möglicherweise von deutschen Schädigern weniger erhalten, als deutsche Opfer von ausländischen Schädigern.

³⁶¹ Die Diskussion fand hier jedoch nicht im Rahmen der Grundfreiheiten, sondern im Rahmen des Allgemeinen Diskriminierungsverbotes statt. Vgl. hierzu insbesondere: Drobnig, RabelsZ 1970, 636 (636 ff.); Roth, RabelsZ

Warenanbieters wird teilweise eine versteckte Diskriminierung gesehen³⁶². Neuerdings wird auch das internationale Sachenrecht kritisch betrachtet³⁶³. Schließlich bestehen bezüglich der Vereinbarkeit der Sitztheorie des internationalen Gesellschaftsrechts mit dem Diskriminierungsverbot im Rahmen der Niederlassungsfreiheit Bedenken³⁶⁴. Eine Diskriminierung könnte hier vorliegen, weil Gesellschaften, die nach ausländischem Recht gegründet wurden (Gesellschaften mit ausländischer Staatsangehörigkeit) im Gegensatz zu Gesellschaften, die im Inland ihren Satzungssitz haben (Gesellschaften mit inländischer Staatsangehörigkeit), verwehrt wird, ihren Hauptverwaltungssitz ohne Nachteile nach oder in Deutschland zu verlegen³⁶⁵.

Bei der Überprüfung der diskriminierenden Wirkung muss wegen der verschiedenen Rechtsfolge immer zwischen einseitigen und allseitigen Kollisionsnormen unterschieden werden.

(aa) Einseitige Kollisionsnormen

Eine einseitige Kollisionsnorm bestimmt nur, wann das eigene Recht anwendbar ist, ohne eine Aussage darüber zu treffen, welches Recht angewendet wird, wenn dieses nicht gelten soll³⁶⁶. Eine diskriminierende Wirkung erscheint hier durchaus möglich³⁶⁷. Dies ist insbesondere bei den Exklusivnormen der Fall. Nach diesen Regelungen steht dem deutschen Recht ein größerer Anwendungsbereich zu als ausländischem Recht³⁶⁸. Das deutsche Recht wird also regelwidrig ausgedehnt³⁶⁹, so dass andere Staatsangehörige regelmäßig benachteiligt werden.

1991, 623 (643 ff.); *Brödermann*, MDR 1992, 89 (92); *Sonnenberger*, ZVglRWiss 1996, 3 (16 ff.); *von Bar*, IPR I, Rdnr. 168; *Schulz*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem gemeinsamen Markt, 165; *Kohler*, Der europäische Justizraum in Zivilsachen und das Gemeinschaftskollisionsrecht, 29.

³⁶² Nähere Ausführungen hierzu bei: *Höpping*, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 107 ff., die allerdings selbst die Anwendung des Art. 12 EG ablehnt, da die Warenverkehrsfreiheit Vorrang hat.

³⁶³ *Pfeiffer*, IPRax 2000, 270 (276); *Sonnenberger*, ZVglRWiss 1996, 3 (27).

³⁶⁴ Siehe nähere Ausführungen unter Teil 2, B.I.3.b. Dieses Problem bedarf aufgrund der Besonderheit des Art. 48 EG einer eingehenderen Betrachtung.

³⁶⁵ *Behrens*, *RabelsZ* 1988, 498 (518); *Ebke*, *JZ* 1999, 656 (657). Dagegen lehnt *Troberg*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), *Kommentar zum EU/EG-Vertrag*, 5. Aufl., Bd. 1, Artikel 58, Rdnr. 18, das Vorliegen einer solchen versteckten Diskriminierung unter Vergleich mit einem Diplom ab. Der von *Kindler*, in: *Münchener Kommentar, IntGesR*, Rdnr. 369 und *Schulz*, *Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem gemeinsamen Markt*, 167 aufgestellte Vergleichsmaßstab entspricht nicht dem einer Diskriminierung.

³⁶⁶ *Kegel/Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 254.

³⁶⁷ Im deutschen Recht kommen insbesondere Art. 13 Abs. 2 (Eheschließung), Art. 17 Abs. 1 S. 2 (Scheidung) und Art. 18 Abs. 5 EGBGB (Unterhalt) in Betracht. Eine Aufzählung ist zu finden bei: *Kegel/Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 291.

³⁶⁸ *von Bar*, IPR I, Rdnr. 225.

³⁶⁹ Hierunter fallen im deutschen IPR neben Art. 38 EGBGB a.F. auch Art. 13 Abs. 3 S. 1 und Art. 17 Abs. 2 EGBGB, vgl.: *Kegel/Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 256.

(bb) Allseitige Kollisionsnormen

Allseitige Kollisionsnormen legen sowohl den Anwendungsbereich des eigenen als auch den des fremden Rechts fest. Eine Diskriminierung wird teilweise bei Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit oder an den Wohnsitz angenommen³⁷⁰. Diese würden eine offene bzw. versteckte Diskriminierung darstellen, weil im Ergebnis Staatsangehörige unterschiedlicher Staaten nach verschiedenen Rechten behandelt und so bestimmte Staatsangehörige benachteiligt werden. Jedoch diskriminiert hier nicht die Kollisionsnorm an sich, denn sie trifft gar keine Unterscheidung. Sie behandelt vielmehr jeden Unionsbürger gleich, weil sie das Recht für alle Sachverhalte, die dem Anknüpfungspunkt unterliegen, nach denselben Kriterien bestimmt. Auf die Rechtsprechung des EuGH zu § 917 ZPO³⁷¹ kann hier nicht zurückgegriffen werden³⁷². Aus dieser Vorschrift folgte die direkte Konsequenz der Benachteiligung, bei den hier angesprochenen Kollisionsnormen folgt die Benachteiligung aber nicht aus diesen, sondern erst aus dem Zusammenspiel mit den verschiedenen ausgestalteten Sachnormen und ist damit an anderer Stelle zu erörtern³⁷³. Man muss im Gegenteil feststellen, dass durch die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit oder den gewöhnlichen Aufenthalt oder den Wohnsitz ein Recht zur Anwendung berufen wird, zu dem der Betroffene eine enge Beziehung aufweist, sie stellt somit keinen Nachteil dar, sondern sichert den Schutz durch Anwendung einer sachnahen Rechtsordnung³⁷⁴.

(cc) Genereller Ausschluss bei dispositiven Kollisionsnormen?

Nach *Roth* liegt eine Behinderung durch eine dispositive Kollisionsnorm nicht vor, weil die Parteien im Wege der Rechtswahl andere Bestimmungen treffen könnten³⁷⁵. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass, selbst wenn eine abstrakte Möglichkeit der Rechtswahl besteht, diese im konkreten Fall durchführbar sein muss. Dies ist weder bei einseitigen Rechtsverhältnissen (z.B. Recht der

³⁷⁰ *Schnichels*, Reichweite der Niederlassungsfreiheit, 176 stellt fest, dass bei allseitig wirkenden Kollisionsnormen von vornherein nur eine versteckte Diskriminierung in Betracht kommt. Er begründet dies für die Sitztheorie damit, dass sie auf in- und ausländische Gesellschaften gleichermaßen anzuwenden ist. Hierin kann aber nur eine Begründung dafür gesehen werden, dass keine Diskriminierung vorliegt, nicht aber für eine Unterscheidung zwischen offener und versteckter Diskriminierung. Zu diesem Problem vgl. auch: *Schünemann*, EuZW 1994, 269 (273); *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 373 (416); *von Bar*, IPR I, Rdnr. 168.

³⁷¹ Näher dazu: Teil 2, I.B.2.a.dd.

³⁷² Anders: *Höpping*, Warenverkehrsfreiheit und IPR, 108.

³⁷³ Teil 2, I.2.a.cc.(3).

³⁷⁴ *Schmeink*, Internationales Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht - Berührungspunkte und Konfliktbereiche, in: Coen (Hrsg.), *Festschrift für Bleckmann*, 251 (258). *Schulz*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem gemeinsamen Markt, 134, der jedoch eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnsitz als sachgerecht ansieht und damit die Ebenen unmittelbare Anwendung und günstigste Anknüpfung vermischt.

³⁷⁵ *Roth*, *VersR* 1993, 129 (133).

natürlichen Personen) noch bei bestimmten unvorhergesehenen Situationen beispielsweise im Deliktsrecht der Fall. Hat etwa ein deutscher Staatsangehöriger einen Autounfall in Frankreich mit einem ihm unbekanntem Engländer verursacht, haben die Unfallbeteiligten im Vorhinein bezüglich der Schadensersatzansprüche kein Recht gewählt. Eine nachträgliche Rechtswahl fordert eine Einigung, die bei verschiedenen Sachrechten, beispielsweise verschiedenen Schadenssummen, nicht stattfinden wird. Auch bei einem Einkauf in einem ausländischen Supermarkt wird normalerweise kein Recht vereinbart. Die Parteien haben oft entweder keine Kenntnis von der Rechtswahlmöglichkeit und ziehen sie deshalb nicht in Betracht oder die Regelung steht nicht wirklich zur Disposition, weil eine Einigung der Parteien nicht erreichbar ist³⁷⁶. Allein aus der Möglichkeit, gemeinschaftsrechtswidriges Recht abzubedingen, kann nicht geschlossen werden, dass dieses nicht mehr am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen ist.

(dd) Rechtfertigung

Diskriminierungen durch einseitige Kollisionsnormen stehen einer Rechtfertigung durch geschriebene Rechtfertigungsgründe offen. Aus den gleichen wie schon im Rahmen der Untersuchung der Diskriminierung durch Sachnormen dargestellten Gründen³⁷⁷ sind solche aber auch hier nicht einschlägig.

(ee) Ergebnis

Einseitige Kollisionsnormen, insbesondere Exklusivnormen, wie der ehemalige Art. 38 EGBGB, können - unabhängig davon, ob sie dispositiv sind - diskriminierend wirken, wenn sie konkret zu einer Benachteiligung ausländischer Staatsangehöriger führen und müssen deshalb ersetzt werden. Dabei kann man sich an den Restbeständen der Norm orientieren³⁷⁸.

(b) Ordre public

Auch ordre public-Klauseln könnten inländische Staatsangehörige privilegieren³⁷⁹. Beim ordre public (Bsp. Art. 6 EGBGB) dürfen Normen des ausländischen Rechts trotz entsprechender Anknüpfung nicht angewendet werden, wenn sie mit den Grundsätzen des inländischen Rechts nicht vereinbar

³⁷⁶ Dazu: Langner, *RabelsZ* 2001, 222 (227); Steindorff, *EG-Vertrag und Privatrecht*, 79.

³⁷⁷ Teil 2, B.I.2.a.cc.(1)(b).

³⁷⁸ Höpping, *Warenverkehrsfreiheit und IPR*, 86.

³⁷⁹ So: von Hoffmann, *Internationales Privatrecht*, Rdnr. 127.

sind³⁸⁰. Es wird so den Gerechtigkeitsvorstellungen der lex fori Rechnung getragen³⁸¹.

Ausschlaggebend für die Anwendung des ordre public ist die Vereinbarkeit des Ergebnisses der Anwendung des ausländischen Rechts mit inländischen Gerechtigkeitsvorstellungen und mit inländischen zwingenden Sachnormen³⁸². Da diese Regelungen bei Ausländern und Inländern grundsätzlich in gleicher Weise ausgelegt werden müssen, folgt hieraus keine Diskriminierung. Die ordre public-Vorschrift findet zwar nur bei einer hinreichenden Inlandsbeziehung Anwendung. Diese stellt aber nicht explizit auf die Staatsangehörigkeit ab. Diese Voraussetzung schafft nur die Rechtfertigung für die Notwendigkeit der Durchsetzung der eigenen Rechtsvorstellungen. Sie ist weit auszulegen. Neben der Staatsangehörigkeit kann sich der Inlandsbezug auch aus dem gewöhnlichen oder schlichten Aufenthalt oder auch aus dem Gerichtsort³⁸³ ergeben. Eine Diskriminierung ist insoweit zumeist auszuschließen. Wird der ordre public-Schutz aber einem Inländer gewährt, bei einem Ausländer jedoch mangels hinreichender Inlandsbeziehung abgelehnt, also bei einer engen Auslegung, kann unter Umständen eine Diskriminierung vorliegen³⁸⁴.

(c) Doppelstaater

Anders erscheint die Lage im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB. Hiernach werden die deutschen Staatsangehörigen auch als Doppelstaater nicht nach der effektiven, sondern nach der deutschen Staatsangehörigkeit behandelt³⁸⁵. Im Gegensatz zur bloßen Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit im besonderen Kollisionsrecht werden die Unionsbürger, die auch die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, anders behandelt, als Bürger, die mehrere ausländische Staatsangehörigkeiten haben. Deutsch-Ausländer könnten hier gegenüber anderen Doppelstaatern diskriminiert werden. Die für eine solche Diskriminierung notwendige Benachteiligung liegt darin, dass eine Staatsangehörigkeit, nämlich die ausländische, von vornherein ausgeblendet wird. Hierfür geltend gemachte Gründe - Kosten und Mühe der Ermittlung fremden

³⁸⁰ *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 453 ff.

³⁸¹ BGHZ 50, 370 (375): „Das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts steht zu Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch, dass er von uns für untragbar gehalten wird.“ Vgl. auch: *Kegel*, Allgemeines Kollisionsrecht, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), *Mélanges von Overbeck*, 47 (69).

³⁸² Es besteht jedoch eine Pflicht zur liberalen Auslegung der inländischen Gerechtigkeitsvorstellungen, *von Bar*, IPR I, Rdnr. 175.

³⁸³ *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 458.

³⁸⁴ Anders: *Drasch*, Das Herkunftslandsprinzip im internationalen Privatrecht, 293 und 299, der den ordre public als rein deklaratorisch ansieht.

³⁸⁵ *Sonnenberger*, Münchener Kommentar, Einleitung IPR, Rdnr. 147.

Rechts; Unbequemlichkeiten - können nicht unter die geschriebenen Rechtfertigungsgründe subsumiert werden.

Eine Diskriminierung kann auch darin gesehen werden, dass Deutsch-Ausländer genauso behandelt werden, wie Bürger, die lediglich die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, obwohl eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der besonderen Situation notwendig wäre. So hat der EuGH die belgische Regelung, wonach Belgisch-Ausländer - die bezüglich der Namensgebung allein nach belgischem Recht zu behandeln sind - einen Antrag auf Namensänderung stellen müssen, wenn sie einen Namen führen wollen, der einem anderen mitgliedstaatlichen Recht entspricht, und die Verwaltungspraxis der Ablehnung dieses Antrages als diskriminierend angesehen³⁸⁶. Er stellte fest, dass sich die Situationen von Bürgern, die nur und solchen, die auch die belgische Staatsangehörigkeit besitzen, so voneinander unterscheiden, dass die Bürger mit doppelter Staatsangehörigkeit verlangen können, anders behandelt zu werden³⁸⁷. Auch Rechtfertigungsgründe - hier waren insbesondere die Aufrechterhaltung der staatlichen Ordnung und das Ziel der Integration angeführt worden - waren nicht einschlägig³⁸⁸.

(d) Ergebnis

Sowohl einseitige Kollisionsnormen, als auch einige Kollisionsnormen des allgemeinen Teils können im Einzelfall durchaus diskriminierend wirken. Eine Rechtfertigung durch geschriebene Rechtfertigungsgründe ist nicht ersichtlich.

(3) Diskriminierung durch die Anwendung eines ausländischen Sachrechts

Während soeben sach- und kollisionsrechtliche Normen getrennt betrachtet wurden, stellt sich nun die Frage, ob eine Diskriminierung aus ihrem Zusammenspiel erwachsen kann, also daraus, dass eine bestimmte Sachnorm auf einen bestimmten Sachverhalt anzuwenden ist. Problematisch ist mithin, ob beispielsweise bei einer Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts auf den Ausländer und des inländischen auf den eigenen Staatsangehörigen eine Diskriminierung darstellt, wenn das ausländische Sachrecht strenger ist als das inländische.

³⁸⁶ EuGH, Rs. C-148/02, Urt. v. 2.10.2003 - Garcia Avello/Belgien. Der EuGH stellte hier eine Verletzung von Art. 12 EG fest, da im konkreten Fall keine Beziehung zu den Grundfreiheiten ersichtlich war. Es ging um den Namen von Kindern. Den sachlichen Anwendungsbereich des EG-Vertrages sah der EuGH durch Art. 17 EG eröffnet.

³⁸⁷ EuGH, Rs. C-148/02, Urt. v. 2.10.2003 - Garcia Avello/Belgien - Rdnr. 36.

³⁸⁸ EuGH, Rs. C-148/02, Urt. v. 2.10.2003 - Garcia Avello/Belgien – Rdnr. 40 ff.

Dies ist etwa im deutschen internationalen Deliktsrecht denkbar, wo der Geschädigte gemäß Art. 40 Abs. 1 EGBGB zwischen Erfolgs- und Handlungsort wählen kann. Im Rahmen einer Produzentenhaftung³⁸⁹ wird auf das Recht am Produktionsort, also oft das Sitzrecht des Schädigers als Handlungsort³⁹⁰ und den Ort, an dem das Produkt außer Kontrolle gerät, als Erfolgsort verwiesen. Ist dieses erstere Recht strenger als das Recht des Staates des Erfolgseintritts, wäre dieser Schädiger schlechter gestellt als der Schädiger, der seinen Sitz im Staat des Erfolgseintritts hat, denn der Geschädigte würde wohl dieses Recht wählen. Dies stellt eine Diskriminierung dar, die sich im konkreten Fall aus dem Zusammenspiel zwischen Kollisions- und Sachnormen ergäbe. Ähnlich stellt sich die Situation bei einer Anknüpfung des Personalstatuts an die Staatsangehörigkeit dar. Da beispielsweise im österreichischen Sachrecht die Volljährigkeit gem. § 21 Abs. 2 ABGB erst mit dem Erreichen des 19. Lebensjahres eintritt, könnte ein österreichischer Jugendlicher gegenüber einem deutschen Jugendlichen bei der Feststellung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts benachteiligt sein.

Die Ursache liegt in beiden Fällen primär in der Verschiedenheit der Sachrechte. Die Aufgabe des Diskriminierungsverbotes besteht zwar darin, Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu verhindern, die auf mitgliedstaatlichen Normen beruhen. Es soll aber nicht eine Ungleichbehandlung beseitigt werden, die mangels einer gemeinsamen Politik aus den Unterschieden der nationalen Rechtsvorschriften folgt³⁹¹, soweit diese Rechtsordnungen auf alle ihrer Herrschaft unterworfenen Personen nach objektiven Merkmalen anwendbar sind. Privatrechtsnormen sind nicht vereinheitlicht, eine solche Diskriminierung folgt damit direkt aus der Unterschiedlichkeit der Privatrechtssachnormen und nicht aus den Kollisionsnormen. Eine solche Ungleichbehandlung ist unerheblich³⁹². Sie wird vom Gemeinschaftsrecht hingenommen. Im Übrigen müssen zur Bejahung einer Diskriminierung zu vergleichende Sachverhalte vom gleichen Hoheitsträger unterschiedlich geregelt sein³⁹³. Bei der vorliegend untersuchten Konstellation ist dies gerade nicht der Fall, da die Privatrechtssachnormen von

³⁸⁹ Roth, *RabelsZ* 1991, 623 (645).

³⁹⁰ Dies ist freilich umstritten. Dafür: *Heldrich*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Art. 40 EGBGB Rdnr. 10. *Spickhoff*, *IPRax* 2000, 1 (4), betrachtet den Sitz des Herstellers, den Ort der Herstellung und den Ort des Inverkehrbringens oder Erwerb des Produktes durch den Geschädigten als Handlungsorte. Dagegen wendet sich beispielsweise *von Bar*, *IPR II*, Rdnr. 666, der als Handlungsort nur den Ort ansieht, an dem das Produkt in den Verkehr gelangt.

³⁹¹ *Bernhard*, *EuZW* 2000, 437 (441); *Fischer*, *Gemeinschaftsrecht und Staatsangehörigkeitsprinzip*, in: von Bar (Hrsg.), *Gemeinschaftsrecht und Staatsangehörigkeitsprinzip*, 157 (161); *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), *Kommentar zum EU- und EG-Vertrag*, Bd.1, Art. 12, Rdnr. 6. Ebenso ist die Aussage *Basedows*, *RabelsZ* 1995, 1 (7) zu interpretieren, wonach die Grundfreiheiten keine Rechte schaffen, die es im Herkunftsland nicht gibt.

³⁹² Anders hierzu: *Roth*, *RabelsZ* 1991, 623 (646).

³⁹³ *Sonnenberger*, *ZVglRWiss* 1996, 3 (16); *ders.*, *Einleitung IPR*, in: *Münchener Kommentar*, Rdnr. 145.

unterschiedlichen Hoheitsträgern - von den verschiedenen nationalen Gesetzgebern für deren Hoheitsgebiet - erlassen werden.

Eine Diskriminierung ist auch nicht darin zu sehen, dass die Anwendung des fremden Rechts für den Betroffenen unter Umständen schwieriger und kostspieliger ist³⁹⁴. Begibt sich ein Wirtschaftsteilnehmer in eine Auslandsbeziehung, muss er mit der Anwendung fremden Rechts rechnen. Gerade bei zweiseitigen Rechtsverhältnissen kann nicht jeder die Anwendung des eigenen Rechts verlangen. Das IPR muss eine Entscheidung treffen.

(4) Ergebnis

Es ist im Ergebnis festzustellen, dass zum einen einzelne Privatrechtssachnormen diskriminieren können und zum anderen eine diskriminierende Anknüpfung bei einseitigen Kollisionsnormen und Regelungen des allgemeinen Teils möglich erscheint.

Eine unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten als Kollisionsnormen fordert aber weiterhin, dass diese eine Rechtsordnung berufen, die auf den Sachverhalt anzuwenden ist. Dies ist weder bei Privatrechtssachnormen, noch bei diskriminierend wirkenden Kollisionsnormen der Fall. Auch die vereinzelt diskriminierenden Privatrechtssachnormen sind Normen des berufenen Rechts. Ein „kollisionsrechtlicher Gehalt“ besteht somit nicht darin, festzulegen, welches nationale Recht anwendbar ist. Es wird nur entschieden, welche Normen dieses Rechts zur Anwendung gelangen bzw. wie die anzuwendenden Normen auszulegen sind. Im Ergebnis hebt der Gerichtshof eine diskriminierend wirkende Sachnorm nämlich nicht auf, sondern entscheidet, dass die Vorschrift nicht zu Lasten von EU-Angehörigen angewendet werden darf³⁹⁵. Es handelt sich damit um „negative Kollisionsnormen“³⁹⁶, welche nicht zur Anwendung eines bestimmten Rechts führen.

Um dieselbe Situation handelt es sich bei einseitigen Kollisionsnormen, die Ausländer benachteiligen. Diese werden bei einem konkreten Verstoß entweder nicht angewandt oder ihr Inhalt wird auf EU-Ausländer ausgeweitet. Damit wird

³⁹⁴ Benicke/Zimmermann, IPRax 1995, 141 (143); Fischer, Gemeinschaftsrecht und Staatsangehörigkeitsprinzip, in: von Bar (Hrsg.), Gemeinschaftsrecht und Staatsangehörigkeitsprinzip, 157 (162); Roth, Die Grundfreiheiten und das Internationale Privatrecht, in: Schack (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Lüderitz, 635 (639), bezeichnet diese Kosten als „freiheitenirrelevant“.

³⁹⁵ Bsp.: EuGH, verb. Rs. C-259/91, C-331/91 und C-332/91, Urt. v. 2.8.1993 - Allué u.a. - Slg. 1993, I-4309 (4309 ff.). Ebenso: Sack, wrp 1994, 281 (283); Gebauer, IPRax 1995, 152 (153). Anders hier: Bernhard, EuZW 1992, 437 (438), der ausführt, dass die entsprechende Norm aufgehoben wird.

³⁹⁶ Dieser Begriff wurde von Brödermann, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, Rdnr. 409 entwickelt.

nicht generell ein bestimmtes Recht für einen Sachverhalt festgelegt, sondern auf Grundlage der nationalen Kollisionsnorm eine Korrektur vorgenommen. Dem Diskriminierungsverbot liegt damit kein kollisionsrechtlicher Gehalt im Sinne der Anwendung des Rechts des Empfangsstaates zugrunde.

dd. Auswirkungen des Diskriminierungsverbotes im Verfahrensrecht

Sowohl autonome verfahrensrechtliche Vorschriften mit Auslandsbezug als auch international-verfahrensrechtliche Normen können diskriminierend wirken. Beispielhaft sind zwei vom EuGH in der Anwendung beschränkte Vorschriften anzuführen. § 110 ZPO a.F. stellte eine offene Diskriminierung im Rahmen der Prozesskostensicherheiten dar³⁹⁷. § 917 Abs. 2 ZPO a.F. enthielt eine versteckte Diskriminierung im Rahmen des dinglichen Arrestes, da es für das Vorliegen eines Arrestgrundes bereits zureichte, wenn das Urteil im Ausland vollstreckt werden musste³⁹⁸.

Im Rahmen des internationalen Verfahrensrechts wird die Bejahung der Zuständigkeit, wenn nur eine Partei Staatsangehöriger dieses Mitgliedstaates ist³⁹⁹, als Diskriminierung angesehen. So sind beispielsweise nach autonomen deutschem IZVR die inländischen Gerichte in Ehesachen zuständig, wenn nur ein Ehegatte Deutscher ist oder bei der Eheschließung war (§ 606 a Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Es ist aber festzustellen, dass gleichgültig, welcher Ehegatte Deutscher ist und ob dieser als Kläger oder Beklagter auftritt, die Klage in Deutschland erhoben werden kann. Der Anwendungsbereich ist damit weiter, als wenn gefordert wäre, dass beide Beteiligte die deutsche Staatsangehörigkeit innehaben müssen. Es können sich deshalb nur diejenigen Ehegatten diskriminiert fühlen, die weder Deutsche sind, noch mit einem Deutschen verheiratet sind. Die Klagemöglichkeit ist ihnen aber nicht verwehrt, da alternative Kompetenzgründe bestehen (§ 606 Abs. 1 Nr. 2-4 ZPO). Stellt man trotz alledem eine Diskriminierung - also eine Schlechterstellung der Bürger, für die keine deutsche Zuständigkeit gegeben ist - fest, ist diese jedoch aus Gründen der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Justiz gerechtfertigt. Es muss eine gewisse Nähebeziehung zu dem Staat, in dem das Verfahren stattfinden soll, bestehen, da sonst das Justizsystem wegen

³⁹⁷ EuGH, Rs. C-20/92, Urt. v. 1.7.1993 - Hubbard - Slg. 1993, I-3777 (3793, Rdnr. 10). Bezüglich einer ähnlich lautenden schwedischen Vorschrift mit gleichem Ergebnis: EuGH, Rs. C-43/95, Urt. v. 26.9.1996 - Data Delecta und Forsberg - Slg. 1996, I-4661 (4677, Rdnr. 22).

³⁹⁸ Entscheidung des EuGH, Rs. C-398/92, Urt. v. 10.2.1994 - Mund & Fester - Slg. 1994, I-467. Der EuGH leitete die Eröffnung des Anwendungsbereiches des EG-Vertrages aus Art. 293 4. Spiegelstrich EG her. Dazu: *Geiger*, IPRax 1994, 415, (415 f.); *Brödermann*, MDR 1992, 89 (94 f.).

³⁹⁹ *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 37.

einer möglichen Klageüberflutung nicht aufrechterhalten werden könnte und zudem die Souveränität anderer Staaten beeinträchtigt wäre.

Eine andere Ausgangslage ist gegeben, wenn die gerichtliche Zuständigkeit aufgrund der Staatsangehörigkeit durch die Forderung nach einem zusätzlichen gewöhnlichen Aufenthalt oder die gleiche Staatsangehörigkeit beider Ehegatten limitiert wird. Auch wenn die Intention dieser Regelung gerade die Einschränkung der Zuständigkeit aufgrund der Staatsangehörigkeit ist, so könnte eine Diskriminierung durch die Beschränkung vorliegen⁴⁰⁰. Im ersten Fall sind diejenigen Unionsbürger mit inländischem gewöhnlichen Aufenthalt diskriminiert, die aber nicht die dazu korrespondierende Staatsangehörigkeit besitzen, im zweiten Fall Ehepartner einer gemischt-nationalen Ehe. Eine Rechtfertigung aus Gründen der Aufrechterhaltung des Gerichtssystems erscheint hier nicht möglich, wenn man eine bloße Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit als nichtdiskriminierend annimmt, da diese Einschränkung jedenfalls nicht verhältnismäßig wäre.

Somit können sowohl verfahrensrechtliche als möglicherweise auch international-verfahrensrechtliche Normen diskriminierend wirken. Der erste Fall hat keine Auswirkungen auf das IZVR. Die entsprechende Norm wird nicht zu Lasten der EU-Angehörigen angewandt, es wird aber kein anderer Gerichtsstand bestimmt. Im Rahmen der gerichtlichen Zuständigkeit kann die Grundfreiheit aber unmittelbar als Gerichtsstandsnorm wirken, da sie durch die Ausweitung der Norm das zuständige Gericht bestimmt.

b. Allgemeines Beschränkungsverbot

Der EuGH hat festgestellt, dass die Realisierung der Grundfreiheiten nicht allein durch das Diskriminierungsverbot sichergestellt werden kann, da es Fälle gibt, in denen auch unterschiedslos für inländische und eingeführte Erzeugnisse geltende Vorschriften den innergemeinschaftlichen Handel behindern. Bei einem alleinigen Diskriminierungsverbot bleiben die nationalen Märkte bestehen. Diese begrenzte Wirkung erachtete der EuGH⁴⁰¹ als für die Schaffung eines Binnenmarktes ungenügend. Dieser setzt im Gegensatz zum Gemeinsamen Markt die Aufhebung der nationalen Märkte voraus⁴⁰². Die Kommission hat sich dem in ihrem

⁴⁰⁰ Diese Zuständigkeitsnormen finden sich in der Brüssel-II-VO (ABLEG 2000, Nr. L 160, 19). Als Diskriminierungen der Parteien gemischt nationaler Ehen betrachtet diese: *Hau*, FamRZ, 2000, 1333 (1336).

⁴⁰¹ EuGH, Rs. 8/74, Urt. v. 11.7.1974 - *Dassonville* - Slg. 1974, 873; EuGH, Rs. 120/78, Urt. v. 20.2.1979 - *Cassis de Dijon* - Slg. 1979, 649. Weitere Beispiele bei: *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 671.

⁴⁰² *Grabitz*, Über die Verfassung des Binnenmarktes, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Steindorff, 1229 (1232); Siehe auch: Teil 2, A.II.3.

Weißbuch angeschlossen⁴⁰³. Die Grundfreiheiten müssen deshalb so ausgelegt werden, dass sie jegliche Beschränkungen verbieten.

aa. Inhalt und Regelung

Ausgangspunkt bildet die Entscheidung *Dassonville* für die Warenverkehrsfreiheit, in der festgestellt wurde, dass „Maßnahmen gleicher Wirkung [im Sinne des Art. 30 EGV] alle staatlichen Maßnahmen sind, die den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, ausdrücklich oder potentiell behindern. Eine Norm muß damit die Beschränkung nicht unmittelbar zum Gegenstand haben, sondern es genügt, wenn sie geeignet ist, den Handel zu beschränken.“⁴⁰⁴ Hinter dieser Entscheidung steht die Überlegung, dass Waren, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gelangt sind, grundsätzlich auch in den anderen Mitgliedstaaten als verkehrsfähig betrachtet werden müssen⁴⁰⁵. Es sollten, neben den schon erörterten Diskriminierungen, selbst bloße Behinderungen beseitigt werden.

Restriktiver handhabt der Gerichtshof den Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung im Rahmen des Art. 29 EG (Warenverkehrsfreiheit als Ausfuhrfreiheit). Er grenzt ihn insofern ein, als hiervon nur die nationalen Regelungen erfasst werden, „die spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel innerhalb eines Mitgliedstaates und seinen Außenhandel schaffen, so daß die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates zum Nachteil der Produktion oder des Handels anderer Mitgliedstaaten einen besonderen Vorteil erlangt.“⁴⁰⁶

Auch die anderen Grundfreiheiten wurden durch die Rechtsprechung des EuGH von einem Diskriminierungsverbot hin zu einem Beschränkungsverbot ausgeweitet⁴⁰⁷. Zuerst folgte die Judikatur zur Dienstleistungsfreiheit dem Beispiel der Warenverkehrsfreiheit. Schon im Urteil *van Binsbergen*⁴⁰⁸ wurde statuiert, dass sich Art. 49 EG gegen jede auch nichtdiskriminierende Beschränkung richtet⁴⁰⁹. Noch deutlicher wird dies durch die Ausweitung auf die

⁴⁰³ KOM (1985), 310 endg., Rdnr. 4.

⁴⁰⁴ EuGH, Rs. 8/74, Urt. v. 11.7.1974 - *Dassonville* - Slg. 1974, 837 (Rdnr. 5).

⁴⁰⁵ *Behrens*, EuR 1992, 145 (156); KOM (1985), 310 endg., 17. Siehe auch: Teil 2, A.

⁴⁰⁶ EuGH, Rs. 15/79, Urt. v. 8.11.1979 - *Groenveld* - Slg. 1979, 3409 (Rdnr. 7); *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 227.

⁴⁰⁷ *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rdnr. 486. Mit Nachweisen zur Diskussion: *Behrens*, *RabelsZ* 1988, 498 (504); *Timme/Hülk*, *JuS* 1999, 1055 (1056).

⁴⁰⁸ EuGH, Rs. 33/74, Urt. v. 3.12.1974 - *van Binsbergen* - Slg. 1974, 1299 (1309, Rdnr. 10,11).

⁴⁰⁹ *Steindorff*, *ZHR* 1986, 687 (692); *Behrens*, *RabelsZ* 1988, 498 (510); *Eberhartinger*, *EWS* 1997, 43 (44). Deutlich wird dies zumindest in den späteren Entscheidungen: EuGH, Rs. 76/90, Urt. v. 25.7.1991 - *Säger* - Slg.

passive Dienstleistungsfreiheit, da ja hier eine Diskriminierung des Anbieters gar nicht vorliegen kann. Für die Niederlassungsfreiheit fand die Ausweitung durch das Urteil Klopp statt⁴¹⁰ und wurde durch die Urteile Vlassopoulou⁴¹¹ und Kraus⁴¹² gefestigt⁴¹³. Für die Arbeitnehmerfreizügigkeit wird das Beschränkungsverbot im vieldiskutierten Bosman-Urteil⁴¹⁴ deutlich. Grundlage für die Ausweitung der Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs war die Entscheidung Sanz de Lera⁴¹⁵. Diese Grundfreiheiten unterscheiden jedoch im Gegensatz zur Warenverkehrsfreiheit nicht zwischen Ein- und Ausfuhrfreiheit⁴¹⁶, und der EuGH⁴¹⁷ machte im Rahmen mehrerer Entscheidungen deutlich, dass eine solche auch nicht auf Grundlage der Konvergenz der Grundfreiheiten entwickelt werden soll.

bb. Kollisionsrechtlicher Gehalt

Durch das Beschränkungsverbot wird statuiert, dass ein Angehöriger eines anderen Mitgliedstaates nicht daran gehindert sein darf, in derselben Art und Weise tätig zu werden wie in seinem Heimatland. Sind bestimmte Qualifikationen schon im Heimatland erfüllt, müssen diese anerkannt werden⁴¹⁸. Daraus folgt, dass immer das Recht des Herkunftslandes Anwendung findet. Dies wurde schon durch die Cassis de Dijon-Rechtsprechung vom EuGH vor der Einführung des Begriffs des Binnenmarktes festgestellt⁴¹⁹. Dieser entschied hier, dass jede Ware, die in einem Mitgliedstaat im freien Verkehr ist, auch in den anderen Mitgliedstaaten vermarktet werden darf, es sei denn, das Einfuhrland kann sich auf besondere Rechtfertigungsgründe für Behinderungen des Weitervertriebs berufen. Die Grundfreiheiten könnten damit, wenn diese Betrachtung haltbar ist,

1991, I-4221 (4243) und EuGH, verb. Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, Urt. v. 9.7.1997 - de Agostini - Slg. 1997, I-3843, (3892, Rdnr. 50).

⁴¹⁰ EuGH, Rs. 107/83, Urt. v. 12.7.1984 - Klopp - Slg. 1984, 2971; *Steindorff*, ZHR 1986, 687 (693); *Timme/Hülk*, JuS 1999, 1055 (1056). Anders: *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EG-Vertrag und EU - Vertrag, Art. 43, Rdnr. 32.

⁴¹¹ EuGH, Rs. C-340/89, Urt. v. 7.5.1984 - Vlassopoulou - Slg. 1991, I-2357.

⁴¹² EuGH, Rs. C-19/92, Urt. v. 31.3.1993 - Kraus - Slg. 1993, I-1669.

⁴¹³ *Eberhartinger*, EWS 1997, 43 (48).

⁴¹⁴ EuGH, Rs. C-415/93, Urt. v. 15.12.1995 - Bosman - Slg. 1995, I-4912 (5073, Rdnr. 114). Die Ablöseregelung galt hier für in- und ausländische Arbeitnehmer in gleicher Art und Weise.

⁴¹⁵ EuGH, verb. Rs. C-163/94, C-165/94 und C-250/94, Urt. v. 14.12.1995 - Sanz de Lera - Slg. 1995, I-4821 (4842); *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rdnr. 617.

⁴¹⁶ Eine gründliche Analyse findet sich bei: *Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, 95 ff.

⁴¹⁷ EuGH, Rs. 81/87, Urt. v. 27.9.1988 - Daily Mail - Slg. 1988, 5483 (5510, Rdnr. 16); EuGH, Rs. C-384/93, Urt. v. 10.5.1995 - Alpine Investment - Slg. 1995, I-1141 (1176, Rdnr. 30); EuGH, Rs. C-415/93, Urt. v. 15.12.1995 - Bosman - Slg. 1995, I-4912 (5068, Rdnr. 94).

⁴¹⁸ Die Kommission spricht in ihrem Binnenmarktprogramm vom Grundsatz der „Gegenseitigen Anerkennung und Gleichwertigkeit der nationalen Regeln“, KOM (1985), 310 endg., Rdnr. 3.

⁴¹⁹ *Everling*, Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Steindorff, 1155 (1157).

eine Verweisung auf das Privatsachrecht des Staates enthalten, aus dem die von ihnen geschützte Tätigkeit stammt⁴²⁰.

Grundlage einer solchen These bildet jedoch die Voraussetzung, dass Privatrechtsnormen überhaupt Beschränkungen darstellen können. Nur in einem solchen Fall können die Grundfreiheiten eine Entscheidung darüber treffen, welche mitgliedstaatlichen privatrechtlichen Normen anwendbar sind und somit eine Kollisionsregel darstellen.

cc. Privatrechtsnormen als allgemeine Beschränkungen

Die Beschränkung der Grundfreiheiten durch privatrechtliche Vorschriften erscheint zunächst insofern unwahrscheinlich, als diese erst die Ausübung der Freiheiten ermöglichen⁴²¹. Der grenzüberschreitende Austausch von Waren ist beispielsweise erst durch die Möglichkeit des Abschlusses von Kauf- und Tauschverträgen realisierbar. Andererseits beschränkt das Privatrecht durch seine Wertentscheidungen⁴²² einen unbegrenzten wirtschaftlichen Austausch. Im Rahmen der Betrachtung der Grundfreiheiten als Einfuhrfreiheiten lassen sich unzählige Beispiele finden, in welchen Privatrechtsnormen die Einfuhr behindern oder weniger attraktiv machen. Insbesondere Regelungen des Gewährleistungsrechts⁴²³ oder der Produkthaftung, die den Produzenten und Importeuren eine strengere Verantwortlichkeit auferlegen als im Herkunftsstaat und so als Kosten auf den Vertrieb durchschlagen⁴²⁴, sind geeignet, diese davon abzuschrecken, ihre Waren im Ausland abzusetzen. Ähnlich ist die Lage bezüglich bestimmter Regelungen der gewerblichen Schutzrechte⁴²⁵, des Urheberrechts und des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb⁴²⁶. Ein ausländisches Unternehmen könnte auch von einer Niederlassung absehen, weil an die Kündigungsmöglichkeiten von Arbeitnehmern höhere Anforderungen gestellt werden als im Herkunftsland⁴²⁷.

⁴²⁰ Basedow, *RabelsZ* 1995, 1 (13); Steindorff, *EG-Vertrag und Privatrecht*, 249.

⁴²¹ Steindorff, *EG-Vertrag und Privatrecht*, 223.

⁴²² Bsp.: Nichtigkeit von Geschäften mit Minderjährigen; Nichtigkeit von sittenwidrigen Geschäften.

⁴²³ Etwa die vor der Schuldrechtsreform bestehende unbeschränkte Garantiehaftung bei anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit im deutschen Schuldrecht, die ausländische Anbieter davon abhalten könnte, in Deutschland tätig zu werden, vgl.: Mülberr, *ZHR* 1995, 2 (5). Er benennt auch weitere Beispiele im französischen und österreichischen Sachrecht.

⁴²⁴ Roth, *ZEuP* 1994, 5 (26).

⁴²⁵ Diese gelten nur territorial und ein Grenzübergang macht ihre Geltendmachung unmöglich, vgl.: Steindorff, *EG-Vertrag und Privatrecht*, 48.

⁴²⁶ Mülberr, *ZHR* 1995, 2 (3).

⁴²⁷ Weitere Beispiele befinden sich bei der Erörterung des grundrechtsspezifischen Anwendungsbereichs, Teil 2, B.I.1.b.

Anderes gilt im Rahmen des Art. 29 EG, der auf Normen des Ausfuhrlandes Anwendung findet. Privatrechtsnormen können nur dann in den Anwendungsbereich der Groenveld-Formel⁴²⁸ fallen, wenn sie eine spezielle Beschränkung der Ausfuhr bezwecken. Wesen des Privatrechts ist aber gerade, dass es zur Regelung der horizontalen Streitigkeiten zwischen Bürgern geschaffen wurde. Es bezweckt grundsätzlich nicht den Schutz nationaler Interessen, sondern trifft vom Auslandsbezug unabhängige Wertentscheidungen⁴²⁹ (beispielsweise Schutz des Minderjährigen, Schutz des Verbrauchers, Schutz des Gläubigers). Solche Wertentscheidungen dienen nicht der spezifischen Beschränkung der Ausfuhr⁴³⁰. Dies bestätigt die Entscheidung, die der EuGH in der Rechtssache *Alshtom Atlantique*⁴³¹ gefällt hat. Vorlagegegenstand war die Frage, ob Art. 29 EG so ausgelegt werden muss, dass gegen diese Vorschrift die Rechtsprechung eines Mitgliedstaates verstößt, die den gewerblichen Verkäufern verwehrt, den Beweis dafür zu erbringen, dass sie den Mangel der von ihnen gelieferten Sache zum Zeitpunkt der Lieferung nicht kannten und dies dazu führt, dass eine mitgliedstaatliche Norm, nach der die Haftung bei Unkenntnis des Mangels beschränkt werden kann, keine Anwendung findet, insbesondere wenn eine solche Rechtsprechung in anderen Mitgliedstaaten nicht existiert. Die Folge einer solchen Regelung ist, dass Verkäufer grundsätzlich ihre Haftung für Sachmängel nicht beschränken können. Der EuGH lehnte ebenso wie der Generalanwalt einen Verstoß mit der Begründung ab, dass keine spezifische Beschränkung der Ausfuhrströme mit dieser Regelung bezweckt ist.

Aber auch im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit als Einfuhrfreiheit und für die anderen Grundfreiheiten könnten sich trotz der abstrakt aufgezeigten Möglichkeit von Behinderungen Schwierigkeiten ergeben. Der Binnenmarkt bezieht sich nämlich nach dem Weißbuch der Kommission insbesondere auf die technischen Schranken. Es sind vor allem die technischen Normen und die Normen des Wirtschaftsaufsichtsrechts⁴³², die den Binnenmarkt und damit die Grundfreiheiten behindern. Es ist deshalb zu untersuchen, ob Privatrechtsnormen überhaupt vom Schutzzweck des Beschränkungsverbotens umfasst sind.

⁴²⁸ Siehe Teil 2, B.I.2.b.aa.

⁴²⁹ *Schneider*, Zur europäischen und internationalen Angleichung im Privatrecht, 2.

⁴³⁰ So auch: *Roth*, ZEuP 1994, 5 (29).

⁴³¹ EuGH, Rs. C-338/89, Urt. v. 24.1.1991 - *Alshtom Atlantique* - Slg. 1991, I - 107 (112, Rdnr. 14).

⁴³² *Schneider*, Zur europäischen und internationalen Angleichung im Privatrecht, 20.

(1) Privatrechtliche Sachregelungen als Beschränkungen

(a) Privatrechtssachnormen als Beschränkung der Grundfreiheiten

Zur Lösung der Frage, inwiefern Privatrechtssachnormen wirklich vom Schutzbereich der Grundfreiheiten umfasst sind, soll die bisherige Rechtsprechung des EuGH zu privatrechtlichen Normen beleuchtet werden. Es ist nicht möglich, alle Entscheidungen zu betrachten, vielmehr ist eine Auswahl vorzunehmen. Insbesondere werden die Entscheidungen zum Urheberrecht und zum gewerblichen Rechtsschutz nicht erörtert. Die Nichtbehandlung des Urheberrechts rechtfertigt sich aus der Anwendung des Territorialitätsprinzips, das sich nicht im „traditionellen“ Privatrecht wieder findet⁴³³. Die Ausklammerung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs und hier insbesondere des Werberechts geschieht vor allem wegen der besonderen Stellung dieses Regelungskomplexes im Privatrecht und der besonderen Rechtsprechung des Gerichtshofes⁴³⁴ und wegen der Spezialität im internationalen Privatrecht als Teil des Deliktsrechts.

(aa) Rechtssache Koestler

In der Rechtssache Koestler⁴³⁵ wurde dem EuGH die Frage vorgelegt, inwiefern die Regelungen der Dienstleistungsfreiheit die Anwendung der §§ 764 a.F., 762 BGB⁴³⁶ für den Fall ausschließen, dass eine französische Bank von ihrem Kunden deutscher Nationalität aufgrund französischen Rechts die Rückzahlung eines Kredits für ein an der Pariser Börse vereinbarungsgemäß durchgeführtes Börsentermingeschäft verlange. Der EuGH stellte bei der Frage der Beschränkung nur auf eine formelle oder materielle Diskriminierung ab. Da diese nicht vorlag, verneinte er den Ausschluss der Anwendbarkeit dieser Vorschriften, so dass die §§ 764 a.F., 762 BGB auch in einem solchen Fall weiter angewendet werden können.

⁴³³ Dieses Prinzip findet seinen Hauptanwendungsbereich vielmehr im öffentlichen Recht. Eine Anwendung auch im Immaterialgüterrecht rechtfertigt sich daraus, dass diese Rechte von der Verleihung durch einen Staat abhängig sind und diese staatliche Souveränität der Verleihung nur beschränkt ist. Der Staat kann den durch die Rechte bezweckten Schutz nur für sein Territorium garantieren. Ausführlich zum Urheberrecht im Gemeinschaftskontext: *Drobnig*, *RabelsZ* 1976, 195 (196 ff.).

⁴³⁴ Der Gerichtshof traf eine grundsätzliche Entscheidung im Urteil *Osthoek*. Eine Behinderung ist danach insbesondere dann gegeben, wenn für den betroffenen Unternehmer der Zwang besteht, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, vgl.: EuGH, Rs. 286/81, Urt. v. 15.12.1982 - *Osthoek* - Slg. 1982, 4575 (4587 f., Rdnr. 15).

⁴³⁵ EuGH, Rs. 15/78, Urt. v. 24.10.1978 - *Koestler* - 1978, 1971 (1971 ff.). Dazu: *Samleben*, *RabelsZ* 1981, 218 (218 ff.); *Steindorff*, *EuR* 1981, 426 (436 ff.).

⁴³⁶ Diese Normen bestimmten, dass bei einem Differenzgeschäft keine Verbindlichkeiten begründet werden. § 764 BGB ist durch Art. 9 des Gesetzes vom 21.6.2002 (BGBl. I, 2010) aufgehoben worden.

(bb) Rechtssache Blesgen

In Belgien existierte ein Verbot des Verkaufs und des unentgeltlichen Angebots von Getränken mit hohem Alkoholgehalt an bestimmten, der Öffentlichkeit zugänglichen Orten. Das vorlegende Gericht fragte, ob hierin ein Verstoß gegen Art. 28 EG zu sehen sei. Hier lehnte der EuGH eine Beschränkung ab, da kein Zusammenhang mit der Einfuhr der Waren bestünde und die Regelung aus diesem Grund nicht geeignet sei, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen⁴³⁷.

(cc) Rechtssache Krantz

In der Rechtssache Krantz wurde dem EuGH die Frage vorgelegt, ob Art. 28 EG nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehe, die es dem Staat, als demjenigen, der direkte Steuern erhebt, gestatten, andere Sachen als Lagerbestände, die sich bei einem Steuerpflichtigen befinden, auch dann zu pfänden, wenn diese Sachen von einem Lieferanten aus einem anderen Mitgliedstaat stammen, der sie auf Raten unter Eigentumsvorbehalt verkauft hat. Der EuGH bezeichnete die Auswirkungen einer solchen Regelung als von so ungewisser und mittelbarer Bedeutung, dass sie nicht als geeignet angesehen werden könne, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern⁴³⁸.

(dd) Rechtssache CMC Motorradcenter

In der Entscheidung CMC Motorradcenter ging es um die Einordnung der Haftung wegen Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht (*culpa in contrahendo*) als Maßnahme gleicher Wirkung. Der Gerichtshof verneinte auch dies mit der Begründung, dass „die restriktiven Wirkungen, die von der Aufklärungspflicht ausgehen können, zu ungewiß und zu mittelbar [sind], als daß diese Verpflichtung als geeignet angesehen werden könnte, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern“⁴³⁹. Er bezog sich auf die Rechtssache Krantz und lehnte einen Verstoß ab.

(ee) Rechtssache Trummer und Mayer

Im Jahre 1999 setzte sich der EuGH mit einer österreichischen Regelung auseinander, die die Eintragung einer Hypothek in der Währung eines anderen

⁴³⁷ EuGH, Rs. 75/81, Urt. v. 31.3.1982 - Blesgen - Slg. 1982, 1211 (1229, Rdnr. 9). Ebenso entschied der EuGH in der Rechtssache Quietlynn/Richards, in der es um das Verbot des Verkaufs nicht verbotener Sexartikel in nicht konzessionierten Sex-Shops ging: EuGH, Rs. 23/98, Urt. v. 11.7.1990 - Quietlynn/Richards - Slg. 1990, I - 3059 (3081, Rdnr. 11).

⁴³⁸ EuGH, Rs. C-69/89, Urt. v. 7.3.1990 - Krantz - Slg. 1990, I - 583 (597, Rdnr. 11).

⁴³⁹ EuGH, Rs. C-121/91, Urt. v. 13.10.1993 - CMC Motorradcenter - Slg. 1993 I-5009 (5021, Rdnr.12).

Mitgliedstaates verbot. Er sah darin eine Beschränkung des Kapitalverkehrs, da zusätzliche Kosten durch die Umrechnung entstehen können und sich der Wert bei einer Währungsschwäche der ausländischen Währung verringern könnte⁴⁴⁰.

(ff) Ergebnis

Der Gerichtshof hat damit deutlich gemacht, dass Privatrechtssachnormen grundsätzlich am Beschränkungsverbot zu messen sind. Er hat aber, wenn auch im Speziellen mit variierenden Begründungen, einen Verstoß abgelehnt.

Einzig das Kriterium der Unmittelbarkeit und Gewissheit⁴⁴¹ wurde mehrmals angeführt. Entgegen der Interpretation von *Fezer* zur CMC-Motorradentscheidung wurde hiermit aber kein Spürbarkeitstest eingeführt. Eine solche Spürbarkeitsschwelle ergibt sich nach seiner Meinung aus der Parallelität von Warenverkehrsfreiheit und Wettbewerbsrecht⁴⁴². Dem steht jedoch die Rechtssicherheit und - trotz anders lautender Forderungen der Generalanwälte⁴⁴³ und der Literatur⁴⁴⁴ - die ausdrücklich entgegenstehende Rechtsprechung des EuGH⁴⁴⁵ in anderen Entscheidungen gegenüber. Bedenken gegen die Einführung eines Spürbarkeitskriteriums ergeben sich schon aus der *Dassonville*-Formel selbst, nach der es gerade nicht hierauf ankommt, sondern die bloße Geeignetheit genügt⁴⁴⁶. Durch das Argument der Mittelbarkeit und Ungewissheit sollten vielmehr rein hypothetische Auswirkungen ausgeschlossen werden⁴⁴⁷. Diese Rechtsprechung muss als Vorläufer der erst später entwickelten *Keck*-Formel angesehen werden. Es stellt sich deshalb nunmehr die Frage, ob Privatrechtssachnormen unter die Einschränkungen der *Cassis*- und der *Keck*-Formel fallen und deshalb nicht beschränkend wirken.

⁴⁴⁰ EuGH, Rs. C-222/97, Urt. v. 16.3.1999 - *Trummer* - Slg. 1999, I-1661.

⁴⁴¹ Neben den hier aufgeführten Entscheidungen z.B. auch: EuGH, Rs. C-190/98, Urt. v. 27.1.2000 - *Graf* - Slg. 2001, I-493 (523, Rdnr. 25); EuGH, Rs. C-379/92, Urt. v. 14.7.1994 - *Peralta* - Slg. 1994, I-3453 (3497, Rdnr. 24).

⁴⁴² *Fezer*, JZ 1994, 623 (624). Eine solche Spürbarkeitsschwelle ist jedoch im Rahmen der Grundfreiheiten unabhängig von allen rechtlichen Bedenken auch in praktischer Hinsicht nicht durchführbar. Näher hierzu: *Kieninger*: *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, 153.

⁴⁴³ Bsp.: GA Jacobs, Rs. C-412/93, Schlussanträge v. 24. November 1994 - *Leclerc-Siplec* - Slg. 1995, I-179 (195,197), ders., Rs. C-384/93, Schlussanträge v. 26. Januar 1995 - *Alpine Investment* - Slg. 1995, I-1141 (1158).

⁴⁴⁴ *Jestaedt/Kästle*, EWS 1994, 26 (28); *Kort*, JZ 1996, 132 (134 f.); *Sack*, wrp 1998, 103 (116).

⁴⁴⁵ Unter Verweis auf die fehlende Spürbarkeit beim Verbot der Erhebung zollgleicher Abgaben: EuGH, verb. Rs. 177/82 und 178/82, Urt. v. 5.4.1984 - *van der Haar* - Slg. 1984, 1797 (1812, Rdnr. 12); EuGH, Rs. 16/83, Urt. v. 13.3.1984 - *Prantl* - Slg. 1984, 1299 (1326, Rdnr. 20).

⁴⁴⁶ Auch: *Leible*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union* (Amsterdamer Fassung), Art. 28 EGV, Rdnr. 15.

⁴⁴⁷ *Müller-Graff*, in: *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), *Kommentar zum EU- und EG-Vertrag*, Art. 28 Rdnr. 60.

(b) Privatrechtsnormen als „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ i.S.d. Keck-Rechtsprechung

Die Dassonville-Formel führte aufgrund ihres weiten Anwendungsbereiches zu einer fast uferlosen Ausweitung der Warenverkehrsfreiheit. Sinn und Zweck des Art. 28 EG ist aber nicht eine umfassende Deregulierung, sondern lediglich die Liberalisierung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten⁴⁴⁸.

(aa) Die Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit durch die Keck-Rechtsprechung

In der Entscheidung Keck/Mithouard⁴⁴⁹ nahm der EuGH aus diesen Gründen eine Einschränkung vor. Eine Maßnahme gleicher Wirkung soll hiernach nicht mehr bei nationalen Bestimmungen vorliegen, die „bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, sofern diese Bestimmungen für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“⁴⁵⁰. Er unterscheidet damit für unterschiedslose Maßnahmen zwischen bloßen Verkaufsmodalitäten und produktbezogenen Regelungen und nimmt erstere aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten heraus.

Der EuGH hat diese Formulierung nicht näher präzisiert. Einzig die Erwägungen in der Rdnr. 17 des Urteils könnten näheren Aufschluss über seine Beweggründe geben. Hier erklärt der Gerichtshof, dass eine solche bestimmte Verkaufsmodalität nicht geeignet sei, „den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut“⁴⁵¹. Unabhängig davon, ob zwischen „bestimmten“ Verkaufsmodalitäten und sonstigen Verkaufsmodalitäten und produktbezogenen Vorschriften⁴⁵² oder nur zwischen vertriebs- und produktbezogenen Regelungen unterschieden wird⁴⁵³, muss bei Zugrundelegung dieser Formel des EuGH der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit nunmehr auf Regelungen beschränkt werden, die eine spezifische Einfuhrbeschränkung darstellen⁴⁵⁴, also den Marktzugang regeln,

⁴⁴⁸ *Ackermann*, RIW 1994, 189 (189).

⁴⁴⁹ EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/91, Urt. v. 24.11.1993 - Keck und Mithouard - Slg. 1993, I - 6097.

⁴⁵⁰ EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/91, Urt. v. 24.11.1993 - Keck und Mithouard - Slg. 1993, I - 6097 (6131, Rdnr. 15).

⁴⁵¹ EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/91, Urt. v. 24.11.1993 - Keck und Mithouard - Slg. 1993, I - 6097 (6131, Rdnr. 17).

⁴⁵² *Heermann*, wrp 1999, 381 (386). Wohl auch: *Steindorff*, ZHR 1994, 149 (166).

⁴⁵³ Statt aller: *Freund*, JA 1997, 716 (722); *Jestaedt/Kästle*, EWS 1994, 26 (27); *Sack*, EWS 1994, 37 (42 f.); *Arndt*, ZIP 1994, 188 (188 ff.).

⁴⁵⁴ So auch: *Ackermann*, RIW 1994, 189 (192); *Jestaedt/Kästle*, EWS 1994, 26 (27); *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 28, Rdnr. 254. Ähnlich ist wohl auch die

während solche auszunehmen sind, die nur den innerstaatlichen Markt regulieren. Diese allgemeine Unterscheidung lässt noch immer Raum für Interpretationen und macht eine Einordnung von Zweifelsfällen schwierig. *Eberhartinger* stellt deshalb auf die marktaufsplittende Wirkung ab, da rein vertriebsbezogenen Maßnahmen in der Regel keine solche zukommt, während produktbezogene Vorschriften zu einer Märkteaufteilung führen⁴⁵⁵. Aber auch dies hilft gerade in Zweifelsfällen nicht weiter, weil der Begriff der marktaufsplittenden Wirkung keinesfalls eindeutiger ist als der des Marktzuganges.

Eine konkrete Definition, die alle denkbaren Fälle einschließt, kann nicht entwickelt werden. Bei der Einordnung ist vielmehr die Ratio der Entscheidung des EuGH⁴⁵⁶ zugrundezulegen: der Marktzugang darf nicht gestört, der innerstaatliche Markt aber von den einzelnen Mitgliedstaaten selbst geregelt werden. Der EuGH toleriert damit den Fortbestand von Rechtsunterschieden. Diese können nur durch Rechtsangleichung, nicht aber durch die unmittelbare Wirkung von Grundfreiheiten beseitigt werden⁴⁵⁷.

(bb) Die Ausweitung der Keck-Rechtsprechung auf die anderen Grundfreiheiten

Die Keck-Rechtsprechung hat der Gerichtshof auf die anderen Grundfreiheiten sowohl in deren Eigenschaft als Einfuhr-, als auch als Ausfuhrfreiheit⁴⁵⁸ übertragen. In diesem Rahmen kann aber nicht zwischen vertriebs- und produktbezogenen Regeln unterschieden werden, da es nicht um den freien Verkehr von Waren geht, sondern die Möglichkeit der Niederlassung, Dienstleistung oder Arbeit. Grundlage muss deshalb die Ratio - also die Unterscheidung zwischen Marktzugang und Ausübung auf dem Markt - sein.

Für die Niederlassungsfreiheit wird unter Berücksichtigung der EuGH-Urteile *Kraus*⁴⁵⁹ und *Ramrath*⁴⁶⁰ eine Unterscheidung zwischen Berufsausübung und

Aussage von *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rdnr. 509, zu werten, die feststellen, dass durch das Keck-Urteil die Warenverkehrsfreiheit auf ihren eigentlichen Sinngehalt als „Marktzugangsrecht“ zurückgeführt wird. Allerdings ist die von *Basedow*, *RabelsZ* 1995, 1 (10), vertretene Meinung, wonach aus der Keck-Entscheidung hervorgehe, dass die Warenverkehrsfreiheit einen internationalen Bezug haben müsse, abzulehnen. Ein solcher wurde schon immer vom EuGH gefordert und ist Grundvoraussetzung für das Eingreifen aller Grundfreiheiten.

⁴⁵⁵ *Eberhartinger*, EWS 1997, 43 (49).

⁴⁵⁶ Diese macht er nochmals deutlich in: EuGH, Rs. C-384/93, Urt. v. 10.5.1995 - *Alpine Investment* - Slg. 1995, I-1141 (1178, Rdnr. 38). Ausführliche Analyse bei: *Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, 51 ff.

⁴⁵⁷ *Steindorff*, *ZHR* 1994, 149 (160), bezeichnet dies als „unvollkommenen Binnenmarkt“.

⁴⁵⁸ *Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, 105, 113, 116, 120. A.A.: *Kort*, *JZ* 1996, 132 (138), der eine Ausweitung auf die Dienstleistungsfreiheit als Ausfuhrfreiheit ablehnt, da der Zugang immer betroffen sei.

⁴⁵⁹ EuGH, Rs. C-19/92, Urt. v. 31.3.1993 - *Kraus* - Slg. 1993, I-1663.

⁴⁶⁰ EuGH, Rs. C-106/91, Urt. 20.5.1992 - *Ramrath* - Slg. 1992, I-3351.

Berufszugang vorgeschlagen⁴⁶¹; bei Unternehmen wird danach gefragt, ob das Recht, sich im Inland niederzulassen, behindert wird⁴⁶². Im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit hat der Gerichtshof im Alpine Investments-Urteil⁴⁶³ die Keck-Formel ohne Einschränkungen auf diese Grundfreiheit angewandt. Jedoch erscheint trotz der Nähe zur Warenverkehrsfreiheit das Kriterium der Vertriebsbezogenheit nicht sinnvoll, da es zumeist gegeben sein wird⁴⁶⁴. Es sollte vielmehr auf die Nichtbehinderung des Marktzugangs für ausländische Unternehmen abgestellt werden⁴⁶⁵. In ähnlicher Weise ist im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf die Behinderung des Zugangs zum Arbeitsmarkt und im Kapital- und Zahlungsverkehr auf die Beeinträchtigung des Zugangs zum Kapitalmarkt abzustellen⁴⁶⁶.

(cc) Die Anwendung auf Privatrechtsnormen

Es ist nunmehr der Frage nach der Anwendung der Keck-Formel auf Privatrechtsnormen nachzugehen. Im Schrifttum sind vier Positionen bezüglich der Einordnung dieser Regelungen auszumachen.

((1)) Privatrechtsnormen als produktbezogene Regelungen

Steindorff begründet seine Ansicht, wonach die Keck-Rechtsprechung zumindest für die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit nicht anzuwenden ist, damit, dass es sich bei privatrechtlichen Regelungen um leistungs- und damit produktbezogene Vorschriften handle⁴⁶⁷. Beispielhaft führt er das völlige Verbot von Haustürgeschäften in Frankreich an. Ein völliges Verbot könne nicht auf eine Vertriebsmodalität reduziert werden⁴⁶⁸. Die Keck-Formel sei nur für solche staatlichen Normen zu erwägen, die nicht die Aktionsparameter des ausländischen Anbieters, namentlich sein Produkt und die Vertriebsleistung einschließlich Preis und Werbung gestalten. *Steindorff* nennt sodann als Beispiel für Verkaufsmodalitäten solche Normen, die den Weitervertrieb importierter Waren im Inland regulieren und die den ausländischen Anbieter nicht zwingen, seine Aktionsparameter von einem zum anderen Mitgliedstaat zu variieren⁴⁶⁹. Aber auch hierbei kann es sich um privatrechtliche Normen handeln, beispielsweise die

⁴⁶¹ *Eberhartinger*, EWS 1997, 43 (49).

⁴⁶² *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rdnr. 573, die sich auf EuGH, verb. Rs. C-418/93, 419/93 u.a., Urt. v. 20.6.1996 - *Semerano* - Slg. 1996, I-2975 (3009, Rdnr. 32) berufen.

⁴⁶³ EuGH, Rs. C-384/93, Urt. v. 10.5.1995 - *Alpine Investments* - Slg. 1995, I - 1141 (1177, Rdnr. 37); *Nicolaysen*, Europarecht II, 178.

⁴⁶⁴ *Eberhartinger*, EWS 1997, 43 (49).

⁴⁶⁵ *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rdnr. 601.

⁴⁶⁶ EuGH, Rs. C-190-98, Urt. v. 27.1.2000 - *Graf* - Slg. 2001, I-493 (523, Rdnr. 23).

⁴⁶⁷ *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 224, 244 f., 99.

⁴⁶⁸ *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 238.

⁴⁶⁹ *Steindorff*, ZHR 1994, 149 (167).

Voraussetzungen für einen Vertragsschluss. Eine generelle Subsumtion von privatrechtlichen Normen unter Produktvorschriften ist also schon nach seiner eigenen Definition nicht möglich⁴⁷⁰. Der von ihm angeführte besondere Fall des gänzlichen Verbots betrifft tatsächlich den Marktzugang und auch das Schutzgut selbst, so dass es weiterhin in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fällt. Aus diesem Sonderfall kann aber nicht auf alle privatrechtlichen Normen geschlossen werden.

((2)) Privatrechtsnormen als Verkaufsmodalitäten

*Armbrüster*⁴⁷¹ und *Remien*⁴⁷² meinen, schuldvertragliche Regelungen seien eher den Verkaufsmodalitäten als den Regeln über Produkteigenschaften zuzuordnen. Eine solche Behauptung ist aber zumindest in dieser allgemeinen Form nicht haltbar. Beispielsweise beim Verbot bestimmter Vertriebsformen oder des Vertriebes eines bestimmten Produktes muss dies, wie schon angedeutet⁴⁷³, verneint werden.

((3)) Privatrechtsnormen als dritte Gruppe

Mülbert beschränkt den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit nunmehr auf alle Rechtsvorschriften des Empfängerstaates, die ausländische Warenanbieter mit höheren Kosten als im Herkunftsstaat belasten und dadurch regelmäßig den Unternehmergewinn mindern⁴⁷⁴. Dies wäre gegeben bei Vorschriften, welche die Beschaffenheit und Aufmachung der Ware selbst betreffen, nicht jedoch bei solchen, die durch Regelungen der Absatzformen darüber entscheiden, ob der Unternehmer die gleichen Gewinnchancen hat⁴⁷⁵. Er sieht die Privatrechtsnormen als dritte Normgruppe, die weder die Ware selbst noch Verkaufsmodalitäten betreffen⁴⁷⁶. Über diese Gruppe habe der EuGH keine Entscheidung getroffen. *Mülberts* Argumentation überzeugt nicht. Der EuGH hat vielmehr deutlich gemacht, dass er seine bisherige Rechtsprechung ändern will, es kann ihm aber nicht unterstellt werden, dass er dies in unvollständiger Weise beabsichtigt hat und bewusst eine Unsicherheit bezüglich einzelner Normenkomplexe belässt.

⁴⁷⁰ So auch: *Mülbert*, ZHR 1995, 2 (31).

⁴⁷¹ *Armbrüster*, RabelsZ 1996, 72 (75), der dies jedoch am Sachverhalt des Urteils *Alstom Atlantique* erklärt, das - wie schon oben erläutert wurde - einen Fall der Ausfuhrfreiheit darstellt.

⁴⁷² *Remien*, JZ 1994, 349 (352). Für das Kündigungsrecht bei Krediten: *Remien*, RabelsZ 1998, 627 (635).

⁴⁷³ Teil 2, B.2.b.cc.(b)(cc)((1)).

⁴⁷⁴ *Mülbert*, ZHR 1995, 2 (21). Jedoch dürfen solche Transaktionskosten nicht in Betracht gezogen werden, die nur deshalb entstehen, weil der Mitgliedstaat überhaupt eine Regelung trifft, sondern nur Kosten, die sich erst im Hinblick auf abweichende Regelungen im Binnenmarkt ergeben, vgl.: *Ackermann*, RIW 1994, 189 (193 f.).

⁴⁷⁵ *Mülbert*, ZHR 1995, 2 (22).

⁴⁷⁶ *Mülbert*, ZHR 1995, 2 (18). Ebenso für das Prozessrecht: *Roth*, Grundfreiheiten des EG-Vertrages und nationales Zivilprozeßrecht, in: Müller-Graff/Roth (Hrsg.), Recht und Rechtswissenschaft, 351 (368).

((4)) Differenzierung zwischen den einzelnen Privatrechtsnormen

Epiney nimmt solche Hoheitsakte, die allgemein wirtschaftliche Tätigkeiten und Rahmenbedingungen regeln, ohne dass dadurch bestimmte eingrenzbar Produkte betroffen sind, aus dem Anwendungsbereich des Art. 28 EG aus⁴⁷⁷. *Roth* verdeutlicht dies für den Bereich des Versicherungsrechts. Er unterscheidet zwischen produktkonstituierenden Fakten (Leistungsbe- und -umschreibungen sowie die Konkretisierung der versicherten Gefahr durch Risikoaus- und -einschlüsse) und den Fragen des allgemeinen Vertragsrechts, wobei nach seiner Meinung letztere nicht dem Anwendungsbereich von Art. 28 EG unterfallen⁴⁷⁸. Die allgemeinen privatrechtlichen Regelungen werden damit ausgenommen, während die konkreten vertraglichen Leistungsinhalte weiter nach Art. 28 EG zu prüfen wären.

Dieser Meinung ist zu folgen, da sie auch die Möglichkeit der Ausweitung auf andere Grundfreiheiten eröffnet. Allgemeine gesetzliche Regelungen, die nur Rahmenbedingungen für ein Tätigwerden auf dem Markt aufstellen, sind nicht umfasst. Dagegen fallen Regelungen, die das Schutzgut der jeweiligen Grundfreiheit direkt betreffen, unter den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten. Eine solche Auslegung wird auch den europäischen Kompetenzprinzipien, insbesondere dem Subsidiaritätsprinzip, gerecht⁴⁷⁹. Die Mitgliedstaaten behalten jedenfalls die Kompetenz für die allgemeinen Materien, die sich nur auf das Gebiet ihres Staates und nicht unmittelbar auf das Schutzgut beziehen. Hier kann eine Einheitlichkeit nur durch eine Rechtsangleichung erreicht werden.

Privatrechtsnormen verhindern im Allgemeinen - im Gegensatz zu Produktregelungen - nicht den Zugang zu einem nationalen Markt. Sie führen auch nicht zu einer Doppelregelung und Doppelbelastung, wie sie für verwaltungsrechtliche Produktregelungen typisch sind⁴⁸⁰. Das auf Verträge über Waren und Dienstleistungen anwendbare Privatrecht stellt eine staatliche Regelung dar, die in jedem Binnenmarkt anzutreffen ist, ohne dass sie die Schutzgüter der Grundfreiheiten direkt behindert⁴⁸¹. Das Schuldrecht beschränkt beispielsweise grundsätzlich gerade keine primären Leistungspflichten. Dies gilt aber nicht

⁴⁷⁷ *Epiney*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EG-Vertrag und EU-Vertrag, Art. 28, Rdnr. 41. Ähnlich: *Reich*, ZIP 1993, 1815 (1818), der von Umfeldregelungen spricht.

⁴⁷⁸ *Roth*, VersR 1993, 129 (135).

⁴⁷⁹ Zu Subsidiaritätsprinzip und Keck-Rechtsprechung: *Micklitz*, IStR 1994, 86 (92); *Arndt*, ZIP 1994, 188 (194); *Ackermann*, RIW 1994, 189 (193); *Adrian*, EWS 1998, 288 (289). *Remien*, JZ 1994, 349 (353), spricht von der Geltung des Subsidiaritätsprinzips auch bei gerichtlicher Rechtsangleichung.

⁴⁸⁰ *Roth*, ZEuP 1994, 5 (24).

⁴⁸¹ *Steindorff*, ZHR 1986, 687 (698); *Remien*, JZ 1994, 349 (353).

ausnahmslos. Als produktbezogen könnten etwa bestimmte Normen im speziellen Bereich des Haftungs- und Gewährleistungsrechts angesehen werden. Einem Anbieter von qualitativ geringwertiger Ware mit kurzer Lebensdauer kann faktisch der Zugang zu einem Markt mit strengen Haftungsvorschriften, insbesondere langer Gewährleistungsdauer versperrt werden⁴⁸². Das Gewährleistungsrecht bestimmt also den Wert der Ware und betrifft damit das Schutzgut direkt⁴⁸³. Ähnliches gilt für privatrechtliche Verbote bestimmter Vertriebsmethoden oder die Registrierungspflichten bei Gesellschaften und Grundstücksverkäufen.

Es ist damit festzustellen, dass Privatrechtsnormen grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten herausfallen, da sie sich nicht unmittelbar auf das Schutzgut beziehen, nicht deren Wert bestimmen und damit grundsätzlich keine spezifischen Einfuhrhindernisse darstellen. Dies gilt zumindest für die meisten Normen des allgemeinen und besonderen Schuldrechts, das Sachenrecht und das Erb- und Familienrecht. Ausnahmen müssen für produktkonstituierende Normen und einige Bereiche des Sonderprivatrechts⁴⁸⁴, gemacht werden, die die Grundfreiheiten durchaus beschränken können.

(c) Privatrechtsnormen und die Rechtsprechung des Gerichtshofes im Fall Cassis de Dijon - die Anwendung auf produktbezogene Normen

In der Cassis-Entscheidung⁴⁸⁵ lehnte der EuGH einen Verstoß derjenigen Vorschriften gegen Art. 28 EG ab, die in- und ausländische Waren in gleicher Art und Weise behandeln, aber erforderlich sind, um zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerecht zu werden. Den Mitgliedstaaten wurde damit zugestanden, bestimmte Regelungsinteressen verfolgen zu dürfen, die Vorrang vor den Grundfreiheiten haben⁴⁸⁶. Sie könnten also anführen, dass ihre die Grundfreiheiten beschränkenden Normen des Privatrechts zwingenden Gründen des Allgemeinwohls entsprechen. Der EuGH hat bestimmte Gründe ausdrücklich

⁴⁸² Anders: *Mülbert*, ZHR 1995, 2 (24).

⁴⁸³ So auch: *Langner*, RabelsZ 2001, 222 (232).

⁴⁸⁴ Bsp.: Urheberrecht und Vorschriften des unlauteren Wettbewerbs. Letzteres ist sehr umstritten. Grundlage bildet die Osthoek-Entscheidung des EuGH, wo dieser feststellte, dass eine Behinderung insbesondere dann gegeben ist, wenn für den betroffenen Unternehmer der Zwang besteht, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, vgl.: EuGH, Rs. 286/81, Urt. v. 15.12.1982 - Osthoek - Slg. 1982, 4575 (4587 f.; Rdnr. 15). Dagegen, also für ein Herausfallen: *Schwartz*, ZEuP 1994, 559 (581).

⁴⁸⁵ EuGH, Rs. 120/78, Urt. v. 20.2.1979 - Cassis - Slg. 1979, 649 (662). Die Cassis-Rechtsprechung bezieht sich auf die Warenverkehrsfreiheit. Der Inhalt wurde inzwischen durch den EuGH auch auf die anderen Grundfreiheiten ausgeweitet: auf die Dienstleistungsfreiheit durch EuGH, Rs. 279/80, Urt. v. 17.12.1981 - Webb - Slg. 1981, 3305 (3325, Rdnr. 17), auf die Niederlassungsfreiheit durch EuGH, Rs. 59/94, Urt. v. 30.11.1995 - Gebhard - Slg. 1995, I-4165 (4197 f., Rdnr. 37), auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit durch EuGH, Rs. C-415/93, Urt. v. 15.12.1995 - Bosman - Slg. 1995, I-4921 (5071, Rdnr. 106) und auf die Kapitalverkehrsfreiheit durch EuGH, Rs. 222/97, Urt. v. 16.3.1999 - Trummer - Slg. 1999, I-1661 (1680).

⁴⁸⁶ *Steindorff*, ZHR 1986, 687 (691).

genannt⁴⁸⁷, von denen insbesondere der Verbraucherschutz⁴⁸⁸ und die Lauterkeit des Handelsverkehrs mit dem Ziel der Herstellung eines gerechten Interessenausgleichs im Privatrecht Anwendung finden können. Jedoch ist diese Aufzählung nicht abschließend, sondern wird fortwährend um aktuelle Schutzgesichtspunkte erweitert. So sind u.a. berechnete wirtschafts- und sozialpolitische Entscheidungen, die den allgemeinen Interessen des Vertrages entsprechen⁴⁸⁹, ebenso wie die Schutznormen des Arbeitsrechts⁴⁹⁰ als Allgemeinwohlinteressen anzusehen. Noch nicht durch den EuGH bestätigt, aber durchaus möglich, erscheint die Berufung auf den Systemzusammenhang der privatrechtlichen Normen, der die materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen verwirklicht⁴⁹¹ aber auch die historische Entwicklung⁴⁹².

Das Eingreifen dieser Gründe steht aber unter der Schranke der Verhältnismäßigkeit. Hierbei findet eine Abwägung zwischen der Realisierung der Grundfreiheit und dem Regelungsziel des nationalen Gesetzes statt. Die mitgliedstaatliche Regelung muss zur Zielerreichung geeignet und erforderlich sein und die Vor- und Nachteile müssen im konkreten Fall abgewogen werden. Diese Gründe könnten durchaus auch in den angeführten Fällen greifen. Dies wäre aber im konkreten Fall zu untersuchen.

(d) Privatrechtsnormen und geschriebene Rechtfertigungsgründe

Neben den tatbestandlichen Einschränkungen existieren die im EG-Vertrag ausdrücklich aufgeführten Rechtfertigungsgründe. Diese sind aber bei Privatrechtsnormen kaum einschlägig⁴⁹³.

(e) Ergebnis

Grundsätzlich wirken Privatrechtssachnormen nicht beschränkend, da sie entweder so genannte Verkaufsmodalitäten i.S.d. Keck-Rechtsprechung darstellen oder vorrangige Allgemeininteressen nach der Cassis-Formel vorliegen. In Einzelfällen ist aber nicht ausgeschlossen, dass auch privatrechtliche Regelungen

⁴⁸⁷ EuGH, Rs. 120/78, Urt. v. 20.2.1979 - Cassis de Dijon - Slg. 1979, 649 (662, Rdnr. 8): wirksame steuerliche Kontrolle, Schutz der öffentlichen Gesundheit, Lauterkeit des Handelsverkehrs, Verbraucherschutz.

⁴⁸⁸ *Armbrüster*, *RabelsZ* 1996, 72 (77), lehnt auf Basis der Cassis-Rechtsprechung einen Verstoß nichtdiskriminierenden Schuldvertragsrechts gegen die Warenverkehrsfreiheit ab. Die Keck-Rechtsprechung dient seiner Meinung nach nur als Erleichterung der Darlegungslast.

⁴⁸⁹ EuGH, Rs. 155/80, Urt. v. 14.7.1981 - Oebel - Slg. 1981, 1993 (2009, Rdnr. 10); EuGH, Rs. 145/88, Urt. v. 23.11.1989 - Torfaen - Slg. 1989, 3851 (Rdnr. 13); EuGH, Rs. 312/89, Urt. v. 28.2.1991 - Conforama - Slg. 1991, I-997 (1025); *Roth*, *ZEuP* 1994, 5 (27); *Langner*, *RabelsZ* 2001, 222 (241), der insbesondere das Kaufrecht hier einordnet.

⁴⁹⁰ EuGH, Rs. C-113/89, Urt. v. 27.3.1990 - Rush Portuguesa - Slg. 1990, I - 1417 (1445, Rdnr. 18).

⁴⁹¹ *Mülbert*, *ZHR* 1995, 2 (12 f.); *Langner*, *RabelsZ* 2001, 222 (239).

⁴⁹² *Mülbert*, *ZHR* 1995, 2 (12 f.).

⁴⁹³ Siehe Teil 2, B.I.2.a.cc.(1)(b).

die Grundfreiheiten behindern. Aus diesen Einzelfällen lässt sich aber keine allgemeine Kollisionsregel im Sinne der Lehre *Savignys*, also einer Vorschrift, die nicht den Anwendungsbereich von Sachnormen bestimmt, sondern vom Rechtsverhältnis ausgeht, aufstellen. Wenn eine mitgliedstaatliche Privatrechtssachnorm gegen das allgemeine Beschränkungsverbot verstößt, steht nur die Anwendung dieser einzelnen Norm in Frage. Ihr Anwendungsbereich wird auf reine Inlandssachverhalte und Drittstaatenbeziehungen eingeschränkt⁴⁹⁴.

Die praktische Durchführung des Ausschlusses der Anwendung der gegen die Grundfreiheiten verstoßenden Normen ist bei gemeinschaftsrelevanten Sachverhalten auf drei verschiedenen Wegen denkbar⁴⁹⁵: Es könnte auf ein anderes Recht verwiesen werden, mit dem der Sachverhalt Verbindungen aufweist (beispielsweise das Herkunftsland), es könnte nur die betreffende Sachnorm ersetzt werden oder es könnte das berufene Recht ohne die betreffende Norm angewandt werden. Hier kommt es auf den Einzelfall an. Ist es möglich, das Recht ohne die Norm anzuwenden, so wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden⁴⁹⁶. Ein kollisionsrechtlicher Gehalt ist dann, wie auch bei diskriminierenden Vorschriften⁴⁹⁷, nur als negative Sachnormverweisung festzustellen⁴⁹⁸. Ist eine Anwendung jedoch nicht ohne eine Regelung möglich, also bei Bestehen einer schließungsbedürftigen Regelungslücke, so kann wohl der Inhalt einer Sachnorm aus einem mit dem Sachverhalt verbundenen Recht angewendet werden⁴⁹⁹, die mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist⁵⁰⁰. Es wird so de facto das Recht des Herkunftslandes angewendet werden⁵⁰¹. Es widerspricht jedoch dem Grundgedanken der unmittelbaren Anwendbarkeit, wenn pauschal festgestellt wird, der EuGH gebiete die Anwendung eines anderen mitgliedstaatlichen Rechts⁵⁰². Er wendet vielmehr die Grundfreiheit an und gibt aus dieser Anwendung das Ergebnis vor. Dass dieses Ergebnis oft dem anderen

⁴⁹⁴ Für das Wettbewerbsrecht wird dies eindeutig festgestellt von: *Fezer/Koos*, IPRax 2000, 349 (350). Solche im EG-Vertrag aufgestellten Regelungen sind eine Anwendung der prä-*Savigny'schen*, der so genannten statistischen Methode, *Bernhard*, EuZW 2000, 437 (439).

⁴⁹⁵ *Gebauer*, IPRax 1995, 152 (154 f.); *Roth*, Die Grundfreiheiten und das Internationale Privatrecht, in: Schack (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Lüderitz, 635 (645).

⁴⁹⁶ So auch: *Sack*, wrp 1994, 281 (286), der bestreitet, dass der EuGH in wettbewerbsrechtlichen Fällen eine Norm des Marktrechts durch eine solche des Ursprungsrechts ersetzt hat. Auch von *Wilmowsky*, RabelsZ 1998, 1 (13), sieht den faktischen Verweis auf den Herkunftsstaat nur als eine der möglichen Wirkungen des Beschränkungsverbots und zeigt andere mögliche Wirkungen insbesondere am Beispiel der Wettbewerbsregelungen auf.

⁴⁹⁷ Teil 2, B.I.2.a.cc.(4).

⁴⁹⁸ Z.B.: EuGH, Rs. 121/91, Urt. v. 13.10.1973 - CMC Motorradcenter - Slg. 1993, I - 5009 (5009 ff.).

⁴⁹⁹ *Sonnenberger*, ZVglRWiss 1996, 3 (14).

⁵⁰⁰ *Jayme/Kohler*, IPRax 1993, 357, (371).

⁵⁰¹ *Bernhard*, EuZW 1992, 437 (438).

⁵⁰² Hier muss damit *Schelo*, Rechtsangleichung im Europäischen Zivilprozeßrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz, 6, entgegengetreten werden, der behauptet, dass die Herkunftslandsnorm angewendet würde.

Recht entspricht, rührt daher, dass kein positiver Normenkatalog entwickelt werden kann.

Der EuGH selbst trifft an sich keine Entscheidung, welche Norm an die Stelle der nicht anzuwendenden tritt. Es ist vielmehr durch das mitgliedstaatliche Gericht und den Gesetzgeber zu entscheiden, wie die Problematik gelöst wird. Sie können die eigene Sachnorm gemeinschaftskonform auslegen, eine neue Sachnorm erlassen, gar keine Norm anwenden oder auf ein anderes Recht verweisen⁵⁰³. Die Grundfreiheiten wirken damit nur als einseitige negative Kollisionsnormen, die die Anwendbarkeit einer konkreten Norm in einer bestimmten Art und Weise beschränken⁵⁰⁴. Für diese konkrete Norm kann es unter Umständen faktisch zur Anwendung des Rechts des Herkunftsstaates kommen, indem die Norm des Bestimmungslandes in modifizierter Weise angewandt wird⁵⁰⁵.

Würde man entgegen der hier vertretenen Meinung das Herkunftslandsprinzip, also die Verweisung auf des Recht des Ursprungslandes bei Privatrechtsnormen, den Grundfreiheiten entziehen, so wäre dieser Ansatz ohnehin durch die Rechtsprechung und Rechtfertigungsgründe der Cassis-Formel regelmäßig eingeschränkt⁵⁰⁶. Das Herkunftslandprinzip, das für verwaltungsrechtliche und technische Normen gilt, darf also nicht übereilt auf das Privatrecht angewandt werden. Allgemeine Grundsätze können hier gerade wegen der unterschiedlichen Interessen nicht entwickelt werden.

(2) Kollisionsnormen als allgemeine Beschränkungen

Möglicherweise können auch Kollisionsnormen Beschränkungen darstellen, denn sie bereiten eine Sachentscheidung vor, indem sie unter Sachnormen verschiedener Herkunft auswählen. Das Kollisionsrecht hat die Möglichkeit, durch die Bestimmung der Anknüpfungspunkte den zwischenstaatlichen Handel zu erleichtern oder zu erschweren⁵⁰⁷. Eine Behinderung wird beispielsweise für die Sitztheorie im Gesellschaftsrecht angenommen. Sie würde sich daraus

⁵⁰³ *Sonnenberger*, ZVglRWiss 1996, 3 (15, 23); *Kohlegger*, ZfRV 1999, 161 (162); *Roth*, Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privat- und Verfahrensrecht, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 47 (54).

⁵⁰⁴ *Fezer/Koos*, IPRax 2000, 349 (350).

⁵⁰⁵ *Roth*, Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privat- und Verfahrensrecht, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 47 (54).

⁵⁰⁶ *Sack*, wrp 1994, 281 (289); *Dausen*, EuZW 1990, 8 (10). Auch *Grundmann*, *RabelsZ* 2001, 457 (462), nimmt einen kollisionsrechtlichen Gehalt der Grundfreiheiten i.S.d. Anwendung des Herkunftslandsrechts an, schränkt diesen jedoch selbst i.S. eines Kollisionsrechts des Überganges ein. Diesen Übergangscharakter schließt er aus der fehlenden Vorhersehbarkeit. Dies ist nicht nachvollziehbar. Die unmittelbare Anwendbarkeit verlangt gerade die Klarheit der Regelung. Wenn diese, wie vorliegend nicht gegeben ist, kann auch gerade keine unmittelbare Anwendbarkeit gegeben sein.

⁵⁰⁷ *Roth*, *VersR* 1993, 129 (133).

ergeben, dass die Begründung einer Hauptniederlassung in einem anderem als dem Gründungsstaat den Untergang der Gesellschaft zur Folge hat⁵⁰⁸. Eine Beschränkung könnte auch die Günstigkeitsregel des deutschen internationalen Deliktsrechts darstellen. Zu denken wäre an den Fall, dass der Geschädigte das für ihn günstigere inländische Recht wählt und der Importeur oder ausländische Hersteller somit zusätzlichen Kosten ausgesetzt ist⁵⁰⁹. Letztendlich laufen die Diskussionen zu jeder Vorschrift jedoch auch hier auf das Problem hinaus, dass nicht die Kollisionsnorm an sich, sondern einzig das Ergebnis der Anwendung von Kollisions- und Sachrecht gegen den EG-Vertrag verstoßen und auch nur ein Verstoß der gesamten Rechtsanwendung vom EuGH festgestellt werden kann⁵¹⁰. Das Kollisionsrecht hat nur einen Anteil an den Beschränkungen, die sich im Zusammenspiel mit dem Sachrecht ergeben⁵¹¹. *Pfeiffer* macht richtigerweise deutlich, dass die Wurzel des Problems in der Frage liegt, ob das Kollisionsrecht nur als technisches Verweisungsrecht aufgefasst wird, oder ob schon auf dieser Stufe Rechtsanwendungsinteressen eine bedeutende Rolle spielen⁵¹². Nur im letzteren Falle kann der Schwerpunkt der Beschränkung bei der Kollisionsnorm liegen.

Solche Interessen bestehen unbestritten in einem gewissen Maße, denn hinter jeder Kollisionsnorm steht eine bestimmte Ratio. Das den Kollisionsnormen zugrunde liegende Anknüpfungsprinzip beruht auf der Durchsetzung international-privatrechtlicher oder materiellrechtlicher Interessen, beispielsweise Gläubigerschutz im Gesellschafts- und Sachenrecht⁵¹³. Solche besonderen materiellrechtlichen Interessen finden sich vor allem bei zwingenden Anknüpfungen, die beispielsweise im Verbraucherrecht (Art. 5 EVÜ; Art. 29 EGBGB) oder im Versicherungsrecht (Art. 7 ff. EGVVG) bestehen. Hier kann der Anbieter durch die Anwendung des Rechts des Destinationslandes behindert werden, die Leistung in gleicher Weise zu erbringen, wie im eigenen Land⁵¹⁴. Diese zwingenden Anknüpfungen dienen zumeist auch der Durchsetzung von

⁵⁰⁸ *Behrens*, *RabelsZ* 1988, 498 (522). Dazu ausführlicher: Teil 2, B.I.3.b., denn dieser Punkt bedarf wegen Art. 48 EG einer gesonderten Betrachtung.

⁵⁰⁹ *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 373 (421). *Schulz*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem gemeinsamen Markt, 149 f., betrachtet hier die Rechtsunsicherheit als Beschränkung. Dem muss entgegengehalten werden, dass der Schädiger davon ausgehen kann, dass der Geschädigte das für ihn günstigere Recht wählt.

⁵¹⁰ *Sonnenberger*, *ZVglRWiss* 1996, 3 (22), vertritt, dass nicht die Kollisionsnorm das anzuwendende Recht festlegt, sondern erst durch die Sachnorm eine Beschränkung eintritt.

⁵¹¹ *von Bar*, IPR I, Rdnr. 214 stellt fest, dass Kollisionsnormen nicht selbst den Fall entscheiden.

⁵¹² *Pfeiffer*, IPRax 2000, 270 (276); *Roth*, Der Einfluß der Grundfreiheiten auf das internationale Privat- und Verfahrensrecht, in: Baur/Mansel (Hrsg.), *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht*, 47 (59).

⁵¹³ *Gounalakis/Radke*, *ZVglRWiss* 1999, 1 (15): „Es ist heute wohl h.M., daß das IPR nicht mehr nur neutrales Verweisungsrecht ist, sondern es trägt materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen Rechnung.“

⁵¹⁴ *Sonnenberger*, in: *Münchener Kommentar, Einleitung IPR*, Rdnr. 158.

zwingendem Sachrecht⁵¹⁵. Eine Beschränkung kann dagegen nicht allein durch die Entscheidung der entsprechenden Kollisionsnorm für einen Statutenwechsel angenommen werden, da sich die Tatsachen unabhängig davon, welche Anknüpfung gewählt wird, ändern können. Statutenwechsel sind somit unvermeidbar. Kollisionsnormen können also aufgrund der Durchsetzung bestimmter Rechtsanwendungsinteressen durchaus die Grundfreiheiten im Sinne der Dasonville-Formel beschränken, nicht aber aufgrund des bloßen Ergebnisses eines Statutenwechsels.

Eine Einschränkung des Anwendungsbereiches durch die Keck-Rechtsprechung ist kaum denkbar, denn der Marktzugangsbezug ergibt sich schon aus der Natur der Kollisionsnormen. Aber die Verweisung auf ein bestimmtes Recht kann nach den Grundsätzen der Cassis-Rechtsprechung gerechtfertigt sein. Die mitgliedstaatlichen Wertungen des internationalen Privatrechts stimmen oft sogar mit den Wertungen des Gemeinschaftsrechts überein⁵¹⁶, zumindest werden die Schutzstandards von der Gemeinschaft toleriert und die Interessen akzeptiert. Eine allseitig ausgeprägte Kollisionsnorm erfüllt regelmäßig auch die Voraussetzungen der unterschiedslosen Anwendung⁵¹⁷. Beispielhaft hat *Kieninger* die Maßgeblichkeit der Cassis-Rechtsprechung für die *lex rei sitae*-Anknüpfung im internationalen Sachenrecht begründet⁵¹⁸. Sie sieht in dieser Formel einen Anknüpfungspunkt für eine bestimmte Güter- und Gläubigerordnung, welche Voraussetzung für das Funktionieren des Rechtsverkehrs und des Güterausstausches - als Rechtfertigungsgrund - ist. Sie ist auch verhältnismäßig. Der Verbraucherschutz ist ebenfalls als zwingender Grund des Allgemeinwohls anerkannt und rechtfertigt eine Einschränkung der Rechtswahl im Vertragsrecht durch zwingende Bestimmungen des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers. Die Mitgliedstaaten können also ihre Regelungsinteressen, die zwar eine Beschränkung nach der Dasonville-Formel darstellen, zumeist im Rahmen der Cassis-Formel rechtfertigen.

Darüber hinaus ist festzustellen, dass der EuGH im Rahmen seiner Entscheidungen zumeist keine Aussage über die Vereinbarkeit der kollisionsrechtlichen Normen mit dem EG-Vertrag trifft. Er äußert sich nicht zur kollisionsrechtlichen Wertung, was darauf schließen lässt, dass er diese

⁵¹⁵ *Sonnenberger*, ZVglRWiss 1996, 3 (24).

⁵¹⁶ Für das Sachenrecht erörtert dies: *Pfeiffer*, IPRax 2000, 270 (276).

⁵¹⁷ *Höpping*, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 121.

⁵¹⁸ *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 173. Sie verwirft auch überzeugend andere Gründe des Allgemeinwohles, wie beispielsweise die Verkehrssicherheit und die Vorhersehbarkeit (*dies.*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 166).

grundsätzlich akzeptiert⁵¹⁹. Er verwirft nur das Ergebnis der Anwendung der Sachnorm, geht aber auf die Verweisung nicht ein⁵²⁰. Die Beseitigung der Unvereinbarkeit des Ergebnisses obliegt den Mitgliedstaaten. Da der EuGH sich jedoch primär zur Sachnorm äußert, wird von diesem der Konflikt auch auf dieser Ebene gelöst⁵²¹.

Kollisionsnormen können also grundsätzlich - jedoch in Verbindung mit Sachrechtsnormen - Beschränkungen aufstellen, wenn sie eine Wertung treffen. Da diese Wertung aber in den meisten Fällen der gemeinschaftsrechtlichen im Rahmen der Cassis-Formel entspricht, liegt zumeist eine Rechtfertigung vor. Auch wenn dies nicht der Fall sein sollte, steht der unmittelbaren Anwendung entgegen, dass das Ergebnis zumeist sowohl auf kollisionsrechtlicher als auch auf sachrechtlicher Ebene erreicht werden kann und so keine klare Aussage besteht. Dies wäre aber für eine unmittelbare Anwendung notwendig.

(3) Beschränkung durch Anwendung ausländischen Sachrechts

Eine Unterscheidung wie bei der Prüfung eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot ist hier nicht möglich. Während dort der Tatbestand der Norm geprüft wird, wird hier auf das Ergebnis der Anwendbarkeit abgestellt. Dabei kann das Kollisionsrecht, wie schon ausgeführt wurde, nicht separat, sondern nur im Zusammenhang mit dem Sachrecht betrachtet werden⁵²². Dies machen die folgenden Konstellationen deutlich:

Wird im Bestimmungsland eine Sachnorm dieses Staates angewandt, die strenger ist als die des Herkunftslandes, handelt es sich um den bereits erörterten Fall der Beschränkung der Grundfreiheiten durch Sachnormen⁵²³. Würde dagegen im Herkunftsland eine Sachnorm angewandt, die strenger ist als die Norm des

⁵¹⁹ Zur Illustration sollen zwei Beispiele dienen: 1. EuGH, Rs. C-362/88, Urt. v. 7.3.1990 - GB-INNO-BM - Slg. 1990, I-667 (687 ff.; Rdnr. 13 ff.): Grundlage war ein Rechtsstreit zwischen einer belgischen Aktiengesellschaft, die auf belgischem Hoheitsgebiet nahe der belgisch luxemburgischen Grenze einen Supermarkt betrieb und der Confédération du commerce luxembourgeois. Die belgische Gesellschaft verteilte sowohl in Belgien als auch in Luxemburg Werbeschriften, die konform mit belgischem Recht waren, jedoch gegen eine luxemburgische Rechtsvorschrift verstießen. Der EuGH beschäftigte sich nur mit der Vereinbarkeit dieser Sachrechtsregelung mit dem Gemeinschaftsrecht, ohne auf die kollisionsrechtliche Anknüpfung an den Marktort einzugehen.

2. EuGH, verb. Rs. C-369/96 und C-376/96 - Arblade u.a. - Slg. 1999, I-8453 (8516, Rdnr. 41 ff.): Das Urteil beruhte auf der Vorlage eines belgischen Gerichts, das u.a. wissen wollte, ob Belgien französische Unternehmen, die in Belgien Dienstleistungen erbringen, verpflichten könne, seinen Arbeitnehmern die belgische tarifvertragliche Mindestvergütung zu zahlen. In seinen Urteilsgründen und auch in den Leitsätzen setzt sich der Gerichtshof an keiner Stelle mit dem auf den Arbeitsvertrag anwendbaren Recht auseinander.

⁵²⁰ *Bernhard*, EuZW 1992, 437 (440); *Gebauer*, IPRax 1995, 152 (155). *Sack*, wrp 1994, 281 (285 ff.), führt auch weitere Beispiele auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts an.

⁵²¹ *Bernhard*, EuZW 1992, 437 (440). Bezüglich der Möglichkeiten der Lösung vgl.: Teil 2, B.I.2.b.(e).

⁵²² So auch: *Remien*, CMLR 2001, 53 (83).

⁵²³ Teil 2, B.I.2.b.cc. (1)

Bestimmungslandes, dann könnte höchstens eine Ausführbeschränkung vorliegen, was bei Privatrechtsnormen nie der Fall ist⁵²⁴. Wird im Bestimmungsland eine strengere Sachnorm des Herkunftslandes angewandt, kann nur eine gemeinschaftsrechtlich unerhebliche Diskriminierung gegenüber den eigenen Staatsangehörigen vorliegen.

c. Stellungnahme zur Auslegung der Grundfreiheiten als Herkunftslandsprinzip, Günstigkeitsprinzip und Rechtswahlfreiheit

Es wurde damit - orientiert an der Rechtsprechung des EuGH zur Dogmatik der Grundfreiheiten - nachgewiesen, dass diese nicht unmittelbar als Kollisionsnormen angewendet werden können. Aus dem Diskriminierungsverbot folgt nicht grundsätzlich die Anwendung des Privatrechts des Empfangsstaates, aus dem allgemeinen Beschränkungsverbot folgt nur selten die Anwendung des Inhaltes einer Norm des Privatrechts des Herkunftslandes. Gleichwohl sollen an dieser Stelle auch von der Dogmatik unabhängige Argumente widerlegt bzw. angeführt werden.

aa. Herkunftslandsprinzip

Es wird vertreten, dass das Kennzeichen des Binnenmarktes gerade der Übergang vom Bestimmungs- zum Herkunftslandsprinzip sei, da das Verbot der Diskriminierung nur eine begrenzte Wirkung habe, jedenfalls die einzelnen Märkte bestehen blieben⁵²⁵. Der Binnenmarkt setze aber gerade die Aufhebung nationaler Märkte voraus. Dies kann und soll nicht bestritten werden, jedoch ist nicht ersichtlich, dass der Binnenmarkt allein durch das Herkunftslandsprinzip erreicht wird. Es ist vielmehr ein Zusammenspiel zwischen beiden Verboten zur Realisierung des Binnenmarktes notwendig⁵²⁶. Hierbei sind insbesondere die Anwendungsvoraussetzungen der Verbote zu beachten. Im Einzelfall sind sie nur einschlägig, wenn die entsprechende Norm strenger ist. Dies bedeutet, das Diskriminierungsverbot greift nur, wenn die Normen gegenüber Ausländern strenger sind als gegenüber Inländern. Das Beschränkungsverbot findet einzig in den Konstellationen Anwendung, in denen die inländische (Empfangsstaats)-Norm strenger ist als die Norm des Herkunftsstaates. Selbst *Basedow*, ein Verfechter des Herkunftslandsprinzips, musste zugeben, dass die Anerkennung

⁵²⁴ Teil 2, B.I.2.b.cc.

⁵²⁵ *Grabitz*, Über die Verfassung des Binnenmarktes, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Steindorff, 1229 (1230).

⁵²⁶ Von einer „Pattsituation“ spricht: *Taupitz*, ZEuP 1997, 986 (1000); *ders.*, ZEuS 1998, 17 (33-35).

dieses Prinzips nicht immer mit der Förderung des innergemeinschaftlichen Handels gleichzusetzen ist⁵²⁷.

Auch die Auslegung der Grundfreiheiten als passive Freiheiten steht dem Herkunftslandsprinzip entgegen, denn in mehrseitigen Rechtsverhältnissen müssten unter Umständen zwei verschiedene „Herkünfte“ - beispielsweise die des Dienstleistungserbringers und die des Dienstleistungsempfängers - beachtet werden⁵²⁸. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass nicht die Verbraucher, sondern die Unternehmer Träger der Integration seien⁵²⁹ und somit nur deren Herkunft eine Rolle spiele. Eine Integration in Europa soll, wie im ersten Teil⁵³⁰ dargestellt wurde, durch die Anhebung des Stellenwertes des Bürgers erreicht werden. Dieses Ziel würde durch ein Zurücksetzen des Verbrauchers konterkariert werden. In einigen Bereichen spielen die Nachfrager sogar eine wesentlich aktivere Rolle als die Anbieter⁵³¹. Welche Herkunft hier maßgeblich sein soll, könnte nicht geklärt werden.

Eine pauschale Ersetzung des ausdifferenzierten Regelungswerkes des IPR durch das Herkunftslandsprinzip, das eine detaillierte Abwägung der widerstreitenden Interessen nicht durchführt⁵³², kann keinesfalls im gemeinschaftlichen Interesse liegen.

bb. Günstigkeitsprinzip

Wegen dieser Bedenken gegen das Herkunftslandsprinzip wurden andere Lösungen vorgeschlagen. Die Grundfreiheiten sollen danach unmittelbar als Günstigkeits- oder Rechtswahlprinzip wirken. Neben der Skepsis, wie eine solche unmittelbare Anwendbarkeit aus dem Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot hergeleitet werden soll, sprechen auch andere Gründe gegen diese Lösungen.

Nach dem Günstigkeitsprinzip soll immer das Recht anwendbar sein, das den freien Warenverkehr weniger behindert⁵³³. Voraussetzung hierfür ist, dass

⁵²⁷ Basedow, Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht, in: Schneyder (Hrsg.), Internationales Verbraucherrecht, 11 (25).

⁵²⁸ Martiny, Die Anknüpfung an den Markt, in: Basedow (Hrsg.), Festschrift für Drobnig 389 (407); Schulz, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem gemeinsamen Markt, 125.

⁵²⁹ Basedow, *RabelsZ* 1995, 1 (18).

⁵³⁰ Teil 1, C.III.

⁵³¹ von Wilmsky, *RabelsZ* 1998, 1 (18).

⁵³² Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, 126.

⁵³³ So vertreten für das Recht des unlauteren Wettbewerbs von: Chroczel, *EWS* 1991, 173 (178 f.). Basedow, *RabelsZ* 1995, 1 (17), entnimmt das Günstigkeitsprinzip nicht aus dem Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, sondern entwickelt es aus Elementen des Gemeinschaftsrechts und des nationalen Wirtschaftskollisionsrechts. Auch dem ist jedoch nicht zu folgen, denn wenn man wie Basedow nur das

Privatrechtsnormen den Grundfreiheiten unterfallen, was aufgrund der nunmehr restriktiven Auslegung selten der Fall ist⁵³⁴. Auch setzt dies eine Kontrolle von zwei Regelungen voraus - der des Herkunfts- und der des Bestimmungslandes⁵³⁵. Die jeweiligen Normen müssen dabei im Gesamtzusammenhang ihrer jeweiligen Kodifikationen betrachtet werden, denn eine Belastung kann unter Umständen wieder ausgeglichen werden, so dass, selbst wenn eine einzelne Norm mehr behindert, eine Anwendung der gesamten Rechtsordnung weniger beeinträchtigen kann. Eine solche Abwägung erscheint kompliziert und von vielen Wertungen abhängig. Das Günstigkeitsprinzip ist als Grundprinzip für das IPR nicht geeignet und ergibt sich auch nicht unmittelbar aus den Grundfreiheiten.

cc. Rechtswahlprinzip

Die Vertreter des Rechtswahlprinzips⁵³⁶ behaupten, dass sich die Rechtswahlmöglichkeit unmittelbar aus den Grundfreiheiten ergäbe und stützen sich dabei auf das Urteil *Alstom Atlantique*. In diesem hatte der EuGH ausgeführt: „Im übrigen steht es den Parteien eines internationalen Kaufvertrages im Allgemeinen frei, das auf ihre Vertragsbeziehungen anwendbare Recht zu bestimmen und so die Unterwerfung unter das französische Recht zu vermeiden“⁵³⁷. Der EuGH sprach jedoch nicht von einer unmittelbaren Wirkung der Grundfreiheiten, sondern führte dies lediglich als zusätzliches Argument gegen einen Verstoß an. Eine dogmatische Herleitung der unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten i.S.d. Rechtswahlprinzips erscheint nicht möglich. Im Übrigen bestehen praktische Probleme⁵³⁸. So ist bei vielen grenzüberschreitenden Sachverhalten eine Rechtswahl gar nicht möglich oder die Notwendigkeit im Vorhinein nicht ersichtlich, da die Parteien keine Kenntnis hiervon haben. Es ist damit festzustellen, dass ein Binnenmarkt nicht durch eine pauschale Rechtswahlmöglichkeit hergestellt werden kann⁵³⁹. Eine unmittelbare

Beschränkungsverbot betrachtet, dann wäre in entgegenstehendem nationalen Kollisionsrecht schon ein Verstoß zu sehen, so dass dieses unanwendbar würde. Ein Günstigkeitsprinzip kommt nur zwischen gleichrangigen Normen in Betracht.

⁵³⁴ Siehe Teil 2, B.2.b.cc.(e).

⁵³⁵ *Fezer/Koos*, IPRax 2000, 349 (351), lehnen dies ab, da es der rechtlichen Struktur der Grundfreiheiten widerspräche, weil es auf eine Kontrolle auch gesetzgeberischer Beschränkungen auch im Herkunftsland hinausläuft.

⁵³⁶ *Roth*, *RabelsZ* 1991, 624 (652); *ders.*, *ZEuP* 1994, 5 (31); *Armbrüster*, *RabelsZ* 1996, 73 (76); *von Wilmowsky*, *RabelsZ* 1998, 1 (4, 20); *Leible*, *Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien*, in: *Schulte-Nölke/Schulze*, (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationales Privatrecht*, 353 (372); *Drasch*, *Das Herkunftslandsprinzip im internationalen Privatrecht*, 260; *Grundmann*, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, 52, Rdnr. 68.

⁵³⁷ EuGH, Rs. C-339/89, Urt. v. 27.1.1991 - *Alstom/Atlantique* - Slg. 1991, I - 107 (124).

⁵³⁸ Siehe ausführliche Ausführungen: Teil 2, B.I.2.a.cc.(2)(a)(cc).

⁵³⁹ So auch: *Langner*, *RabelsZ* 2001, 222 (230).

Anwendbarkeit der Grundfreiheiten als Rechtswahlprinzip scheidet aus mehreren Gründen aus.

d. Normen des internationalen Verfahrensrechts als Beschränkungen

Die Überlegung zu den verfahrensrechtlichen Sachnormen decken sich mit denen zu den materiellen Sachnormen. Eine spezifische Ausführbeschränkung kommt nicht in Betracht⁵⁴⁰. Durch strenge Anforderungen beispielsweise im Beweisrecht oder durch den Anwaltszwang kann aber eine Handelsbeschränkung im Sinne der Dasonville-Formel vorliegen. Diese wird aber, wie schon ausführlich dargestellt⁵⁴¹, durch die Keck-Formel eingeschränkt. Genau wie im materiellen Privatsachrecht werden insoweit verschiedene Meinungen vertreten. *Schelo* hält das Prozessrecht für vertriebsbezogen, so dass es aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten herausfalle⁵⁴². Er unterscheidet danach, ob der Händler die Wahl hat, sein Produkt zu verändern. Sei dies der Fall, so handele es sich um eine produktbezogene Regelung, beim Prozessrecht sei dies jedoch nicht möglich. Auch *Roth* verneint eine Eignung des Prozessrechts als Einfuhrbehinderung, will sie aber keiner Gruppe zuordnen⁵⁴³. Dagegen macht *Wolf* geltend, dass bestimmte prozessuale Vorschriften, die die Rechtsdurchsetzung erschweren, nicht nur Absatzmodalitäten betreffen, sondern unmittelbar den Leistungsaustausch⁵⁴⁴. Dem ist unter Hinweis auf die hier vertretene Abgrenzung nicht zu folgen⁵⁴⁵. Prozessrechtsvorschriften betreffen die Schutzgüter nicht direkt, sondern sind Rahmenregelungen im Markt. Sie sind nicht darauf ausgerichtet, die Einfuhr zu behindern. Prozessrechtssachvorschriften stellen damit Verkaufsmodalitäten dar, beeinträchtigen die Grundfreiheiten also nicht.

Unstreitig besteht dagegen bei Normen des internationalen Verfahrensrechts ein grenzüberschreitender Charakter, so dass der Marktzugang betroffen ist. Als Beschränkungen können diese Normen wirken, wenn z.B. die Zuständigkeitsregeln zu eng sind, so dass kein Gerichtsstand eröffnet wird und für den Marktteilnehmer keine Möglichkeit besteht, sein Recht durchzusetzen. Im

⁵⁴⁰ Dies hat der EuGH ausdrücklich für eine italienische Regelung entschieden, die den Erlass eines Mahnbescheides untersagte, der außerhalb des Staatsgebietes zugestellt werden müsste, EuGH, Rs. C-412/97, Urt. v. 22.6.1999 - ED -Slg. 1999, 3845 (3879 f., Rdnr. 10 ff.).

⁵⁴¹ Teil 2, B.I.2.b.cc.(1)(b).

⁵⁴² *Schelo*, Rechtsangleichung im Europäischen Zivilprozessrecht: EG - Kompetenzen und Modellgesetz, 18. Ähnlich: *Wolf*, Abbau prozessualer Schranken im europäischen Binnenmarkt, in: Gursky u.a. (Hrsg.), Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht, 33 (39).

⁵⁴³ *Roth*, Grundfreiheiten des EG-Vertrages und nationales Zivilprozessrecht, in: Müller-Graff/Roth (Hrsg.), Recht und Rechtswissenschaften, 351 (364, 368).

⁵⁴⁴ *Wolf*, Abbau prozessualer Schranken im europäischen Binnenmarkt, in: Grunsky u.a.(Hrsg.), Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht, 33 (39); *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 55.

⁵⁴⁵ Siehe Teil 2, B.I.2.b.cc.(1)(b)(cc)(4).

Allgemeinen sind die mitgliedstaatlichen Regelungen zur Zuständigkeit jedoch sehr weit. Im Übrigen käme auch hier als Rechtfertigungsgrund im Rahmen der Cassis-Rechtsprechung die Aufrechterhaltung der Justiz und die Achtung der Souveränität anderer Staaten in Betracht.

Auch Anerkennungs- und Vollstreckungsregeln können den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen, weil der Marktteilnehmer gezwungen ist, einen Zwischenschritt zu unternehmen, bevor er seine Forderungen durchsetzen kann. Bezüglich der Notwendigkeit der Anerkennung von Urteilen im Allgemeinen kommt eine Rechtfertigung aus Gründen der Achtung der Souveränität und der öffentlichen Sicherheit in Betracht. Anerkennungsversagungsgründe im Konkreten beruhen zumeist auf rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, auf der Nichteinhaltung von Verfahrensgrundrechten und sind damit nach der Cassis-Rechtsprechung⁵⁴⁶ oder den geschriebenen Rechtfertigungsgründen gerechtfertigt.

Prozessrechtsvorschriften stellen also grundsätzlich keine Behinderungen des Binnenmarktes dar, da sie entweder aufgrund der Keck-Rechtsprechung aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen oder nach der Cassis-Rechtsprechung gerechtfertigt sind. Sollte im Einzelfall eine konkrete Norm dennoch nicht mit den Grundfreiheiten vereinbar sein, müsste diese ersetzt werden, wobei den Mitgliedstaaten die Art und Weise überlassen bleibt, so dass kein allgemeines international-verfahrensrechtliches Prinzip entwickelt werden kann. Insbesondere kann der Marktteilnehmer sich nicht auf die Anwendung der Prozessrechtsvorschriften seines Heimatlandes berufen.

e. Ergebnis

Den Grundfreiheiten muss somit ein kollisionsrechtlicher Gehalt abgesprochen werden. Auch im internationalen Verfahrensrecht sind sie nicht unmittelbar im Sinne der Bestimmung der Anwendung bestimmter verfahrensrechtlicher Regelungen anwendbar.

3. Unmittelbare Anwendung der Art. 48, 43 EG

Über den Gehalt der anderen Grundfreiheiten hinaus wird Art. 48 EG i.V.m. Art. 43 EG eine spezielle Bedeutung zuerkannt. Er wird als „versteckte

⁵⁴⁶ So auch: Roth, Grundfreiheiten des EG-Vertrages und nationales Zivilprozeßrecht, in: Müller-Graff/Roth (Hrsg.), Recht und Rechtswissenschaften, 351 (365).

Kollisionsnorm“ des internationalen Gesellschaftsrechts betrachtet⁵⁴⁷. Dieser Behauptung soll hier näher nachgegangen werden.

a. Art. 48 Abs. 1 EG als Anwendungserfordernis der Niederlassungsfreiheit

Zunächst wird vertreten, dass Art. 48 Abs. 1 EG eine Kollisionsnorm darstelle, indem er bestimmt, dass die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften gilt, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben⁵⁴⁸.

Es erscheint bereits problematisch, ob Art. 48 Abs. 1 EG überhaupt unmittelbar wirken kann. Er enthält weder eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einem Handeln noch gewährt er subjektive Rechte. Die Aufgabe des Art. 48 EG besteht lediglich darin, den durch Art. 43 EG geschützten Personenkreis festzulegen, d.h. den personalen Anwendungsbereich zu erweitern. Die Gesellschaften sollen mit den Bürgern gleichgestellt werden. Die unmittelbare Anwendbarkeit ergibt sich aber aus dem Zusammenwirken mit Art. 43 EG. Da diese Norm unmittelbar anwendbar ist, muss dies auch für Art. 48 EG gelten. Sonst würde der Anwendungsbereich des Art. 43 EG gespalten⁵⁴⁹. Dies hat der EuGH unter anderem in der Daily Mail-Entscheidung⁵⁵⁰ bestätigt, indem er darauf hinwies, „daß die Niederlassungsfreiheit eine der grundlegenden Vorschriften der Gemeinschaft darstellt und dass die entsprechenden Bestimmungen des EWG-Vertrages seit dem Ablauf der Übergangszeit unmittelbar anwendbar sind. Diese Bestimmungen gewähren das Recht auf Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat nicht nur den Gemeinschaftsbürgern, sondern auch den in Artikel 58⁵⁵¹ bezeichneten Gesellschaften.“

Brödermann sieht in der ersten Voraussetzung des Art. 48 EG eine alternative Sachnormverweisung, auf die Gesellschaftsrechte der 15 Mitgliedstaaten⁵⁵². Diese Norm stelle eine so genannte „selbstgerechte“ Sachnorm dar. Darunter ist eine sachliche Regelung zu verstehen, die ihren räumlichen Anwendungsbereich selbst bestimmt⁵⁵³. Dem ist zuzustimmen, wobei jedoch festzustellen ist, dass sich dies

⁵⁴⁷ Eine umfassende Aufzählung der Vertreter ist zu finden bei: *Schnichels*, Reichweite der Niederlassungsfreiheit, Fn. 742.

⁵⁴⁸ Statt vieler: *von Bar*, IPR I, Rdnr. 170.

⁵⁴⁹ *Behrens*, *RabelsZ* 1988, 498 (504); *von Bar*, IPR I, Rdnr. 170; *Großfeld*, in: von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR Internationales Gesellschaftsrecht, Rdnr. 120.

⁵⁵⁰ EuGH, Rs. 81/87, Urt. v. 27.9.1988 - Daily Mail - Slg. 1988, 5483 (5510, Rdnr. 15).

⁵⁵¹ Art. 58 EWG-Vertrag entspricht Art. 48 EG.

⁵⁵² *Brödermann*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 145.

⁵⁵³ *Kegel*, Die selbstgerechte Sachnorm, in: Jayme/Kegel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ehrenzweig, 53 (53).

nur auf den Anwendungsbereich der Vorschriften bezieht, folglich ein eigenständiger Gehalt fehlt. Es wird festgelegt, welche juristischen Personen sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen können, es geht jedoch nicht um den Inhalt der Niederlassungsfreiheit, also beispielsweise, welches Recht bei einer Sitzverlegung anzuwenden ist. Dieser Auslegung entsprechend findet insbesondere keine Entscheidung zwischen der Sitz- und der Gründungstheorie statt, denn es wird nur auf das Sachrecht verwiesen.

Richtigerweise lässt *Brödermann* bei der kollisionsrechtlichen Betrachtung unter dem von ihm gewählten Ausgangspunkt die zweite Voraussetzung - das Sitzerfordernis - der Anwendung außer Acht⁵⁵⁴. Es handelt sich hierbei nicht um den Verweis auf ein bestimmtes Recht, sondern um eine tatsächliche Voraussetzung⁵⁵⁵. Hierdurch soll ein noch größerer Gemeinschaftsbezug hergestellt werden, also der durch die erste Voraussetzung möglicherweise weite Anwendungsbereich wieder eingeschränkt werden⁵⁵⁶.

Es ist damit festzustellen, dass Art. 48 Abs. 1 EG eine Kollisionsnorm enthält, indem die Vorschrift ihren eigenen Anwendungsbereich regelt⁵⁵⁷.

b. Art. 48 Abs. 1, 43 EG als „versteckte“ Kollisionsnorm des internationalen Gesellschaftsrechts

Im Rahmen des internationalen Gesellschaftsrechts wird unabhängig hiervon die Diskussion geführt, ob die Art. 48, 43 EG als international-gesellschaftsrechtliche Kollisionsnorm angesehen werden können, die für die Frage der weiteren Existenz einer Gesellschaft und für die Frage der rechtlichen Existenz zur Gründung von Zweigniederlassungen, Tochtergesellschaften und Agenturen auf das Gründungsrecht verweist⁵⁵⁸. Auch dies könnte sich daraus ergeben, dass Art. 48 EG bestimmt, dass die Niederlassungsfreiheit für solche Gesellschaften gilt,

⁵⁵⁴ *Behrens*, IPRax 1999, 323 (326), dagegen interpretiert die Daily Mail-Entscheidung dahingehend, dass der EuGH hier den alternativen Sitzkriterien kollisionsrechtliche Anknüpfungsmerkmale zugesprochen hatte. Zu weit geht *Behrens* allerdings, wenn er behauptet, dass dieses Gründungsrecht gleichzeitig das Gesellschaftsstatut ist (IPRax 1999, 323 [331]). Vgl. dazu: Teil 2, B.I.3.b.

⁵⁵⁵ Siehe auch: Begründung des Richtlinienentwurfes der Kommission zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, abgedruckt in: ZIP 1997, 1721 (1721).

⁵⁵⁶ *Brödermann*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 70.

⁵⁵⁷ *Sonnenberger*, ZVglRWiss 1996, 3 (5,6,10) spricht von einseitigem Rechtsanwendungsrecht. Ähnliche Regelungen befinden sich im Sekundärrecht in Art. 12 EWIVVO, Art. 7 Abs. 5 FusionskontrollVO und im EG-Vertrag auch in Art. 85 Abs. 2 EG. Dies ist freilich keine Kollisionsregel in der Art, wie sie von den Mitgliedstaaten aufgestellt wird. Diese folgen der Lehre *Savignys*, die nicht den Anwendungsbereich von Normen bestimmt, sondern vom Rechtsverhältnis ausgeht. Solche im EG-Vertrag aufgestellten Regelungen sind eine Anwendung der *Prä-savigny'schen*, der so genannten statuistischen Methode, vgl.: *Bernhard*, EuZW 2000, 437 (439); *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 373 (405).

⁵⁵⁸ *Behrens*, IPRax 1999, 323 (330).

die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet wurden und zusätzlich ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben.

Die vertretene Sitztheorie wurde schon im Rahmen des Diskriminierungs-⁵⁵⁹ und Beschränkungsverbot⁵⁶⁰ der Niederlassungsfreiheit kurz angeführt. Selbst wenn diese Verbote auch hier in der Argumentation eine Rolle spielen werden, so ist aber der wesentliche Ansatzpunkt an dieser Stelle neben den bestehenden Verboten im Rahmen der Niederlassungsfreiheit die Norm des Art. 48 EG. Im Übrigen können die allgemein gewonnenen Ergebnisse⁵⁶¹ konkret überprüft werden.

aa. Aussagen der Sitz- und der Gründungstheorie

Zunächst sollen die Hauptaussagen der einzelnen Theorien und die Auswirkungen bei einer Sitzverlegung kurz betrachtet werden.

(1) Sitztheorie

Die Sitztheorie unterwirft eine Gesellschaft zwingend dem Recht des Staates, in dem sie ihren effektiven Verwaltungssitz hat⁵⁶². Grundlage ist die Überlegung, dass die Normen Anwendung finden müssen, die im engen Zusammenhang mit den von der Tätigkeit der Gesellschaft betroffenen Personen stehen. Diese - insbesondere Arbeitnehmer und Gläubiger - sollen geschützt werden. Wird der Verwaltungssitz verlegt, führt dies nach der Sitztheorie regelmäßig zu einem Statutenwechsel, so dass primär das Recht des Zuzugsstaates über das Fortbestehen entscheidet. Folgt der Zuzugsstaat der Sitztheorie, findet dessen Sachrecht Anwendung, was beispielsweise bis vor kurzem⁵⁶³ in Deutschland die Konsequenz hatte, dass die Gesellschaft aufgelöst und neu gegründet werden musste, um rechtsfähig zu sein⁵⁶⁴. Bei einem Umzug in einen Staat, der der Gründungstheorie folgt, muss unterschieden werden, ob nur der Verwaltungssitz oder daneben zusätzlich der Satzungssitz verlegt wird. Im ersten Fall verweist der Gründungsstaat zum Satzungssitz zurück und diese Rückverweisung wird zumindest im deutschen Kollisionsrecht nach Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB

⁵⁵⁹ Teil 2, B.I.2.a.cc.(2)(a).

⁵⁶⁰ Teil 2, B.I.2.b.cc.(2).

⁵⁶¹ Teil 2, B.I.2.a.cc.(2)(a); Teil 2, B.I.2.b.cc.(2).

⁵⁶² *Großfeld*, in: von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR Internationales Gesellschaftsrecht, Rdnr. 17.

⁵⁶³ Teil 2, B.I.3.b.bb.(2)(a).

⁵⁶⁴ Eine ausführliche Analyse der europäischen Staaten, die der Sitztheorie folgen, findet sich bei: *Ebenroth/Eyles*, DB 1989, 363 (365 f.); *Knobbe-Keuk*, ZHR 1990, 325 (334). Für das deutsche Recht finden sich ausführliche Ausführungen hierzu bei: *Schnichels*, Reichweite der Niederlassungsfreiheit, 149 ff.

angenommen⁵⁶⁵. Nach deutschem Sachrecht wird die Gesellschaft aufgelöst und liquidiert⁵⁶⁶. In anderen Staaten, die der Sitztheorie folgen, bestehen zumindest Verfahrensschwierigkeiten und die stillen Reserven müssen aufgelöst oder besteuert werden⁵⁶⁷. Im zweiten Fall findet dagegen keine Rückverweisung statt, da sich die Verweisung der Gründungstheorie zumeist, also bei entsprechender Auslegung des Sachrechts, sowohl auf den Gründungsort als auch auf den Satzungssitz bezieht⁵⁶⁸. Eine identitätswahrende Sitzverlegung ist also wegen der Kombination aus der Sitztheorie und dem nationalen Gesellschaftssachrecht oftmals nicht möglich.

(2) Gründungstheorie

Die Gründungstheorie unterwirft eine Gesellschaft zwingend dem Recht, nach dem diese gegründet wurde⁵⁶⁹. Unerheblich ist, ob ein tatsächlicher Bezug zu diesem Staat besteht. Das Gesellschaftsstatut wird somit von dem Willen der Gründer bestimmt⁵⁷⁰. Die Konsequenz der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ist, dass, wenn sowohl der Wegzugs-, als auch der Zuzugsstaat der Gründungstheorie folgt, ein Statutenwechsel nicht stattfindet, die Gesellschaft also fortbesteht. Ein Umzug in einen Staat, der der Sitztheorie folgt, ist dagegen nicht möglich, da ein Statutenwechsel nach dessen Ansicht stattfindet und das Sachrecht zumeist der Anerkennung als ausländische Gesellschaft entgegensteht.

(3) Weitere Ansichten

Daneben werden noch einige vermittelnde Theorien vertreten⁵⁷¹. Die von *Sandrock* entwickelte Überlagerungstheorie beurteilt nur die Wirksamkeit der Gründung und die Rechtsfähigkeit nach dem Gründungsrecht, während dieses sonst von den zwingenden Normen des Sitzrechtes überlagert werde⁵⁷².

⁵⁶⁵ *Ebenroth/Eyles*, DB 1989, 363 (368). Anders: *Großfeld*, in: von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR Internationales Gesellschaftsrecht, Rdnr. 577.

⁵⁶⁶ *Troberg/Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 48 EGV, Rdnr. 22; *Schulz*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem gemeinsamen Markt, 156 ff.

⁵⁶⁷ *Troberg/Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 43 EGV, Rdnr. 21.

⁵⁶⁸ *Eberoth/Eyles*, DB 1989, 363 (368).

⁵⁶⁹ *Großfeld*, in: von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR Internationales Gesellschaftsrecht, Rdnr. 19.

⁵⁷⁰ *Knobbe-Keuk*, ZHR 1990, 325 (334).

⁵⁷¹ Eine Darstellung von im deutschen Recht vertretenen vermittelnden Lehren findet sich bei: *Großfeld*, in: von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, Rdnr. 29 ff. *Troberg*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU/EG-Vertrag, 5. Aufl., Bd.1, Art. 58, Rdnr. 20 führt noch die „Kontrolltheorie“ an, die auf die Nationalität der Gesellschafter abstellt.

⁵⁷² *Sandrock*, RIW 1989, 505 (512); *Großfeld/Koenig* RIW 1992, 433 (436).

Die Kombinationslehre unterscheidet zwischen Gesellschaften mit Auslandsbezug, für welche die Gründungstheorie gelten soll, und Gesellschaften ohne Auslandsbezug, auf die die Sitztheorie angewandt werden soll⁵⁷³. Unklar bleibt jedoch, inwiefern das internationale Gesellschaftsrecht zur Anwendung kommen soll, wenn kein Auslandsbezug besteht.

Eine weitere Meinung differenziert zwischen dem Innenverhältnis, auf das das Gründungsrecht anzuwenden sei, und dem Außenverhältnis, das sich nach dem Vornahme- oder Wirkungsstatut richten solle⁵⁷⁴. Gegen diese Theorie spricht vor allem, dass nicht immer zwischen Innen- und Außenverhältnis differenziert werden kann.

bb. Reichweite der Niederlassungsfreiheit bezüglich Gesellschaften

Nachdem festgestellt wurde, dass die Sitztheorie im Gegensatz zur Gründungstheorie in Verbindung mit dem jeweiligen Sachrecht einer identitätswahrenden Sitzverlegung entgegensteht, soll nun geklärt werden, wie weit die Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages bei Gesellschaften reicht. Nach der Rechtsprechung des EuGH umfasst die Niederlassungsfreiheit das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie zur Errichtung von Unternehmen und zur Ausübung der Unternehmertätigkeiten nach den Bestimmungen, die im Niederlassungsstaat für dessen eigene Angehörige gelten⁵⁷⁵. Es wird zwischen der primären und der sekundären Niederlassungsfreiheit unterschieden.

Unter der primären Niederlassungsfreiheit ist dabei die Neuansiedlung in einem EG-Mitgliedstaat und die Übersiedlung der bisherigen Hauptniederlassung von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu verstehen⁵⁷⁶. Die sekundäre Niederlassungsfreiheit umfasst dagegen die Gründung von Tochtergesellschaften, Zweigniederlassungen und Agenturen.

Die Gewährleistung der sekundären Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften durch Art. 48, 43 EG steht außer Frage⁵⁷⁷. Anders gestaltet sich die Lage dagegen bezüglich der primären Niederlassungsfreiheit. Die Neuansiedlung kommt der Gründung gleich, und da Art. 48 EG zunächst die Gründung verlangt, kann die Neuansiedlung bei Gesellschaften keine Rolle spielen. Problematisch erscheint

⁵⁷³ Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht, 232.

⁵⁷⁴ Näher dazu: Kindler, Münchener Kommentar, Bd. 11, Rdnr. 259.

⁵⁷⁵ EuGH, Rs. C-212/97, Urt. v. 9.3.1999 - Centros - Slg. 1999, I - 1459 (1491, Rdnr. 19); Timme/Hülk, JuS 1999, 1055 (1057).

⁵⁷⁶ Schnichels, Reichweite der Niederlassungsfreiheit, 41.

⁵⁷⁷ So auch EuGH: Rs. C-212/97, Urt. v. 9.3.1999 - Centros - Slg. 1999, I - 1459 (1493, Rdnr. 27, 28).

dagegen die Verlegung des Hauptverwaltungssitzes. Ist diese von Art. 48 i.V.m. Art. 43 EG umfasst, so könnte möglicherweise nur die Gründungstheorie den Anforderungen entsprechen⁵⁷⁸, da die Sitztheorie in Verbindung mit dem Sachrecht diese behindert bzw. unmöglich macht.

(1) Entscheidungen des EuGH

Grundlage jeder Analyse des EG-Vertrages müssen die Entscheidungen des EuGH sein, da dieser das Auslegungsmonopol inne hat (Art. 234 EG). Zur Frage der Eröffnung des Anwendungsbereiches der Niederlassungsfreiheit bei der Verlegung des Hauptverwaltungssitzes von Gesellschaften sind im Wesentlichen drei Urteile des EuGH näher zu betrachten.

(a) Das Daily Mail-Urteil

In der Rechtssache Daily Mail⁵⁷⁹ wurde dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, wenn ein Mitgliedstaat einer Gesellschaft dieses Mitgliedstaates die Zustimmung zur Verlegung der Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat versagt, weil dadurch die Zahlung auf bereits eingetretene Gewinne möglicherweise unterbleibt oder weil durch die Verlegung Steuern nicht anfallen, die bei Beibehaltung der Geschäftsleitung entstünden. Der Gerichtshof hat hierzu ausgeführt, dass Art. 43 und 48 EG den Unternehmen nicht das Recht zuerkennen, „den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaft des Mitgliedstaates ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen“⁵⁸⁰. „Die Unterschiede, die die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der für ihre Gesellschaften erforderlichen Anknüpfung sowie der Möglichkeit und gegebenenfalls der Modalitäten einer Verlegung des satzungsmäßigen oder wahren Sitzes einer Gesellschaft nationalen Rechts von einem Mitgliedstaat in einen anderen aufweisen, [betrachtet der EWG-Vertrag] als Probleme, die durch die Bestimmungen der Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege der Rechtsetzung oder des Vertragsschlusses bedürfen; eine solche wurde jedoch noch nicht gefunden“⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ Dies wird zumindest von einer starken Meinung in der Literatur vertreten. Die Anhänger behaupten, dass der Art. 48 EG für die Frage der weiteren rechtlichen Existenz einer Gesellschaft auf das Gründungsrecht der Mitgliedstaaten verweist und zwar i.S. einer verbindlichen Sachnormverweisung, welche die nationalen Kollisionsnormen verdrängt. Statt vieler: *Behrens*, IPRax 1999, 323 (324). Die Gegner sehen allerdings die Sitzerfordernisse im Rahmen des Art. 48 EG in einem Alternativverhältnis, so dass sowohl die Gründungs- als auch die Sitztheorie den Anforderungen entsprechen würde.

⁵⁷⁹ EuGH, Rs. 81/87, Urt. v. 27.9.1988 - Daily Mail - Slg. 1988, 5483 ff. (5512).

⁵⁸⁰ EuGH, Rs. 81/87, Urt. v. 27.9.1988 - Daily Mail - Slg. 1988, 5483 ff. (5512, Rdnr. 24).

⁵⁸¹ EuGH, Rs. 81/87, Urt. v. 27.9.1988 - Daily Mail - Slg. 1988, 5483 ff. (5512, Rdnr. 23).

Der Gerichtshof hat damit eine unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 43, 48 EG insoweit ausgeschlossen, als er den Unternehmen das Recht verweigerte, einen Sitzwechsel ohne einen Statutenwechsel vorzunehmen⁵⁸². Der Gerichtshof hat also in diesem Urteil entschieden, dass die primäre Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften nicht von Art. 43 und 48 EG umfasst ist⁵⁸³. Das Daily Mail-Urteil hat es somit den Mitgliedstaaten offen gelassen, welcher Theorie sie im Rahmen der Regelung des internationalen Gesellschaftsrechts folgen. Es oblag hiernach also dem nationalen Recht, die Voraussetzungen für die Verknüpfung einer Gesellschaft mit dem Recht eines Mitgliedstaates festzulegen⁵⁸⁴.

(b) Das Centros-Urteil

Eine Änderung dieser Rechtsprechung könnte bereits das Centros-Urteil darstellen⁵⁸⁵. Die in Dänemark ansässigen dänischen Eheleute Bryde gründeten eine in England eingetragene private limited company (plc). Ein Antrag der Eheleute auf Eintragung einer Zweigniederlassung in Dänemark wurde von der Zentralverwaltung für Handel und Gesellschaften abgelehnt, da die plc in England keine Tätigkeit ausübe. Die Eintragung einer solchen „Zweigniederlassung“, die eigentlich als Hauptsitz anzusehen sei, diene der Umgehung der strengeren dänischen Vorschriften über die Einzahlung eines Mindestkapitals.

Der EuGH wertete die Ablehnung der Eintragung der Zweigniederlassung als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Er stellte fest, dass die Gründung einer Hauptniederlassung unter den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des Mitgliedstaates, der ihm die größte Freiheit lässt, und die Gründung von Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten von der Niederlassungsfreiheit umfasst seien und die Behinderung solcher Handlungen einen Verstoß darstellten⁵⁸⁶. Auch eine Rechtfertigung dieser Behinderung sei nicht ersichtlich, da der mit der Verweigerung verfolgte Zweck (Schutz der öffentlichen Gläubiger) nicht erreicht werden könne⁵⁸⁷.

Aus diesen Ausführungen des Gerichtshofes wird zum Teil geschlossen, dass er Art. 43 i.V.m. Art. 48 EG nunmehr so auslegt, dass bezüglich einer Sitzverlegung

⁵⁸² Roth, ZEuP 1994, 5 (19). Unerheblich ist insofern, dass diese Begründung außerhalb des entschiedenen Falles lag und somit verzichtbar war. Anders: Knobbe-Keuk, ZHR 1990, 325, (332).

⁵⁸³ So auch: Sonnenberger/Großenrichter RIW 1999, 721 (730); Brödermann, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 145; Schnichels, Reichweite der Niederlassungsfreiheit, 159; Schulz, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem gemeinsamen Markt, 159.

⁵⁸⁴ Kindler, in: Münchener Kommentar, Bd. 11, Rdnr. 363.

⁵⁸⁵ EuGH, Rs. C-212/97, Urt. v. 9.3.1999 - Centros - Slg. 1999, I - 1459 (1459 ff.).

⁵⁸⁶ EuGH, Rs. C-212/97, Urt. v. 9.3.1999 - Centros - Slg. 1999, I - 1459 (1492, Rdnr. 21; 30).

⁵⁸⁷ EuGH, Rs. C-212/97, Urt. v. 9.3.1999 - Centros - Slg. 1999, I - 1459 (1494, Rdnr. 32 ff.).

nur die Gründungstheorie diesen Normen entsprechen kann⁵⁸⁸. Dem ist jedoch entgegenzutreten. Der Gerichtshof machte wiederholt deutlich, dass - unabhängig vom tatsächlichen Zweck - die Gründung einer Zweigniederlassung einer nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaft, die auch dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, in einem anderen Mitgliedstaat unter die Niederlassungsfreiheit fällt⁵⁸⁹. Er behandelte den Fall also nicht als solchen einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung, sondern als solchen der Begründung einer Zweigniederlassung. Er hat sich eindeutig nicht zur primären, sondern lediglich zur sekundären Niederlassungsfreiheit geäußert⁵⁹⁰. Er konnte auch gar nicht auf die primäre Niederlassungsfreiheit eingehen, weil die Vorlagefrage sich unzweideutig auf die Möglichkeit der Verweigerung der Eintragung einer Zweigniederlassung durch einen Mitgliedstaat bezog⁵⁹¹. Der EuGH respektierte die Einordnung des Sachverhaltes durch den Mitgliedstaat und die Parteien und bestimmte nicht selbst die Art der Niederlassung.⁵⁹² Dies erscheint auch folgerichtig, da es keine solche autonome Definition gibt.

Auch für die Frage der Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der sekundären Niederlassungsfreiheit hat der EuGH keine Entscheidung getroffen, da dies nicht der Vorlagefrage entsprach. Die Vorlagefrage kann auch nicht in einer solchen Art und Weise ausgelegt werden, da Dänemark selbst der Gründungstheorie folgt⁵⁹³. Nun kann eine Entscheidung nicht als Verwerfung der Sitztheorie betrachtet werden, wenn diese überhaupt nicht Gegenstand des Verfahrens war⁵⁹⁴.

(c) Das Überseering-Urteil

Eine Wende der EuGH-Rechtsprechung stellte die Entscheidung in der Rechtssache Überseering⁵⁹⁵ dar. Die Überseering BV war eine Gesellschaft niederländischen Rechts, die sämtliche Geschäftsanteile an zwei in Deutschland wohnhafte deutsche Staatsangehörige veräußerte. Dies betrachtete das deutsche Gericht als Verlegung des Verwaltungssitzes nach Deutschland. Nach damals geltendem deutschen Recht war diese Gesellschaft nicht rechtsfähig und damit in einem gerichtlichen Verfahren nicht aktiv parteifähig. Der BGH legte dem EuGH

⁵⁸⁸ Statt vieler: *Behrens*, IPRax 1999, 323 (325).

⁵⁸⁹ EuGH, Rs. C-212/97, Urt. v. 9.3.1999 - Centros - Slg. 1999, I - 1459 (1490, Rdnr. 17, 18).

⁵⁹⁰ *Ebke*, JZ 1999, 656 (658).

⁵⁹¹ EuGH, Rs. C-212/97, Urt. v. 9.3.1999 - Centros - Slg. 1999, I - 1459 (1489, Rdnr. 14).

⁵⁹² Die Vorlagefrage des dänischen Gerichts bezog sich eindeutig auf eine Zweigniederlassung. So auch: *Sonnenberger/Großrichter*, RIW 1999, 721 (723).

⁵⁹³ *Sonnenberger/Großrichter*, RIW 1999, 721 (722); *Timme/Hülk*, JuS 1999, 1055 (1057).

⁵⁹⁴ Insofern ist *Behrens*, IPRax 1999, 323 (325), entgegenzutreten, der behauptet, dass die Centros-Entscheidung klarstellt, dass alle grenzüberschreitenden Tätigkeiten einer Gesellschaft in den Anwendungsbereich des EG-Vertrages fallen.

⁵⁹⁵ EuGH, Rs. C-208/00, Urt. v. 5.11.2002 - Überseering - Slg. 2002, 9919 ff.

die Frage vor, ob ein Verstoß gegen Art. 43, 48 EG besteht, wenn die Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates wirksam gegründet worden ist, nach dem Recht des Staates beurteilt werden, in den die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz verlegt hat und wenn sich aus dessen Recht ergibt, dass sie vertraglich begründete Ansprüche dort nicht mehr gerichtlich geltend machen kann.

Der EuGH führt aus, dass die Niederlassungsfreiheit zwingend die Anerkennung von Gesellschaften, welche die Voraussetzungen des Art. 48 EG erfüllen, d.h. nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, durch alle Mitgliedstaaten voraussetzt⁵⁹⁶. Durch die vom deutschen Recht vorgeschriebene Neugründung wird die Niederlassungsfreiheit praktisch negiert⁵⁹⁷. Harmonisierungsmaßnahmen der Gemeinschaft durch Richtlinien oder der Mitgliedstaaten im Rahmen des Art. 293 EG durch Übereinkommen können zwar die Niederlassungsfreiheit erleichtern, ein Gebrauchmachen von der Freiheit könne aber nicht hiervon abhängen⁵⁹⁸. Eine Rechtfertigung im Rahmen der Cassis-Rechtsprechung lehnt der EuGH ohne weitere Erörterung ab⁵⁹⁹. Der EuGH betont, dass dieses Urteil keine Abkehr von der Entscheidung in der Rechtssache Daily Mail darstellt. Dort ging es um die „Wegzugsfreiheit“ und nicht um die Anerkennung also den „Zuzug“⁶⁰⁰.

Im Ergebnis ist dem EuGH zu folgen. Jedoch stehen dieser Entscheidung zweifellos die Ausführungen des Gerichtshofes im Daily Mail-Urteil entgegen, denn er erkennt nunmehr die primäre Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften zumindest im Rahmen der Niederlassungsfreiheit als Zuzugsfreiheit an. Die Ausgangslage in dem Daily Mail-Urteil war zwar eine andere, aber der EuGH hat hier nicht nur konkrete, sondern allgemeine Erwägungen getroffen, in denen er generell die primäre Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften ablehnt. Diese Erwägungen sind als obiter dictum zu qualifizieren. In der Daily Mail-Entscheidung hatte der EuGH jedoch vom „gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts“⁶⁰¹ gesprochen. Aufgrund der ständigen Dynamik des Gemeinschaftsrechts hat sich der Stand von 1988 geändert. Immer mehr Materien wurden und werden umfasst und durch den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts weitete sich der Anwendungsbereich des Vertrages noch aus. Es

⁵⁹⁶ EuGH, Rs. C-208/00, Urt. v. 5.11.2002 - Überseering - Slg. 2002, 9919 (9965, Rdnr. 59).

⁵⁹⁷ EuGH, Rs. C-208/00, Urt. v. 5.11.2002 - Überseering - Slg. 2002, 9919 (9971, Rdnr. 81).

⁵⁹⁸ EuGH, Rs. C-208/00, Urt. v. 5.11.2002 - Überseering - Slg. 2002, 9919 (9964, Rdnr. 55).

⁵⁹⁹ EuGH, Rs. C-208/00, Urt. v. 5.11.2002 - Überseering - Slg. 2002, 9919 (9974, Rdnr. 93).

⁶⁰⁰ EuGH, Rs. C-208/00, Urt. v. 5.11.2002 - Überseering - Slg. 2002, 9919 (9965 f., Rdnr. 61 ff).

⁶⁰¹ EuGH, Rs. 81/87, Urt. v. 27.9.1988 - Daily Mail - Slg. 1988, 5483 ff. (5511, Rdnr. 19).

entspricht nicht mehr den Anforderungen eines echten Binnenmarktes, dass sich eine Gesellschaft, die grenzüberschreitend tätig werden will, auf die Errichtung von Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften konzentrieren, also auf die sekundäre Niederlassung beschränken muss. Die Unterscheidung zwischen Zweigniederlassung und Verlegung des Hauptverwaltungssitzes erscheint zudem deshalb nicht sachgerecht, weil keine europaweit gültige Definition für diese Begriffe existiert⁶⁰².

Wie bei Erlass des Daily Mail-Urteils erfolgt zwar mit der Verlegung des Hauptverwaltungssitzes noch immer eine dauerhafte Eingliederung in den Wirtschaftsverkehr. Dies erfordert möglicherweise strengere Schutzvorschriften. Nach der Centros-Entscheidung war es aber den Staaten, die der Gründungstheorie folgen, nicht mehr möglich, ihre Schutzstandards durchzusetzen; die Sitztheoriestaaten hatten dagegen die Möglichkeit, ihre Standards zu bewahren, indem sie die nach dem Recht anderer Staaten gegründeten Gesellschaften nicht anerkannten⁶⁰³. Auch wenn hier verschiedene Ebenen betroffen sind, lag doch unübersehbar eine Ungleichbehandlung vor⁶⁰⁴. Es kann im Anschluss an die Centros-Entscheidung argumentiert werden, dass, wenn der Staat nicht einmal dann seine eigene Gesetzgebung zur Anwendung bringen kann, wenn die Schutzstandards umgangen werden sollen, ihm erst recht nicht die Möglichkeit der Bestimmung der Anwendung eigener Normen durch die Definition der Gesellschaft als inländisch zustehen kann⁶⁰⁵.

Die Einschränkung der Gewährleistung der primären Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften auf die Zuzugsfreiheit liegt im Wortlaut und der Dogmatik des Art. 48 EG begründet. Art. 48 EG verlangt eine nach den Regeln eines Mitgliedstaates gegründete Gesellschaft. Die Niederlassungsfreiheit ist also an das mitgliedstaatliche Gesellschaftsrecht gekoppelt⁶⁰⁶. Wenn eine Gesellschaft nur dann von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen kann, wenn sie nach dem Gesellschaftsrecht eines Mitgliedstaates gegründet wurde, muss dieses Recht auch die Reichweite der Folgen der Gründung im eigenen Staat bestimmen können⁶⁰⁷.

⁶⁰² *Sonnenberger/Großrichter*, RIW 1999, 721 (730 f.).

⁶⁰³ *Sonnenberger/Großrichter*, RIW 1999, 721 (727).

⁶⁰⁴ So auch: *Timme/Hülk*, JuS 1999, 1055 (1058).

⁶⁰⁵ *Timme/Hülk*, JuS 1999, 1055 (1058).

⁶⁰⁶ Teil 2, B.I.3.a.

⁶⁰⁷ Dagegen: *Forsthoff*, DB 2002, 2471 (2473); *Zimmer*, BB 2003, 1(3); *Roth*, IPRax 2003, 117 (117 ff.).

(d) Ergebnis

Nachdem der EuGH zunächst die primäre Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften aus dem Anwendungsbereich genommen hat, hat er in der Entscheidung *Überseering* deutlich gemacht, dass auch Gesellschaften das Recht haben müssen, ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, ohne dabei die Rechtsfähigkeit zu verlieren. Die Gewährleistung der primären Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften wurde aber aufgrund des Art. 48 EG auf die Zuzugsfreiheit beschränkt.

(2) Die Überseering-Entscheidung als Ende der Sitztheorie?

(a) Primäre Niederlassungsfreiheit

Ein Umzug einer Gesellschaft muss möglich, also die primäre Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften in einem Binnenmarkt gewährleistet sein⁶⁰⁸. Dies hat der EuGH nunmehr eindeutig festgestellt.

Hat er aber auch klar bestimmt, auf welcher Ebene dieses Ziel erreicht werden muss? Der Gerichtshof spricht davon, dass Gesellschaften anerkannt werden müssen. Eine solche vorbehaltlose Anerkennung, also eine identitätswahrende Verlegung des Verwaltungssitzes kann nur durch das internationale Gesellschaftsrecht erreicht werden, indem die Gründungstheorie Anwendung findet. Eine Anerkennung der Rechtsfähigkeit ohne Wahrung der Identität ist aber auch auf Sachrechtsebene möglich. Der EuGH hat ausdrücklich keine Identitätswahrung, sondern eine Anerkennung der Rechtsfähigkeit gefordert. Dies ergibt sich schon aus dem zweiten Leitsatz: „... so ist dieser Mitgliedstaat nach den Artikeln 43 EG und 48 EG verpflichtet, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates besitzt.“ Der Mitgliedstaat soll die Rechtsfähigkeit nur achten, nicht jedoch die Gesellschaft in ihrer Identität⁶⁰⁹. Es muss deshalb weiterhin den Mitgliedstaaten überlassen sein, auf welcher Ebene sie das Ergebnis erreichen⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ So auch: *Knobbe-Keuk*, ZHR 1990, 325 (335, 345); *Schümann*, EuZW 1994, 269 (272).

⁶⁰⁹ EuGH, Rs. C-208/00, Urt. v. 5.11.2002 - *Überseering* - – Slg. 2002, 9919 (9974, Rdnr. 95). A.A.: *Schulz/Sester*, EWS 2002, 454 (459); *Kallmeyer*, DB 2002, 2521 (2521); *Behrens*, IPRax 2002, 737 (737); *ders.*, IPRax 2003, 193 (200); *Lutter*, BB 2003, 7 (9); *Weller*, IPRax 2003, 325 (326); *Geyrhalter/Gänßler*, NZG 2003, 409 (410). Auch *Forsthoff*, DB 2002, 2471 (2475), stellt unter Bezugnahme auf Rdnr. 80 des Urteils fest, dass der EuGH eine identitätswahrende Sitzverlegung fordert. Er hat jedoch vorher ausgeführt, dass der EuGH den Mitgliedstaaten keine Vorgaben im Kollisionsrecht machen darf.

⁶¹⁰ Ebenso: *Kindler*, IPRax 2003, 41 (44); *ders.*, NJW 2003, 1073 (1076); *Zimmer*, BB 2003, 1 (4); *Roth*, IPRax 2003, 117 (120 f.); *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925 (928, 934), stellen dagegen fest, dass der EuGH in diesem Urteil seine Linie verlassen hat, dem nationalen Recht das von den Grundfreiheiten geforderte Ergebnis vorzugeben, ihm aber die Wahl des Weges zum Erreichen des Geforderten zu überlassen. Sie sehen vielmehr in der

Der 2. Senat des BGH hatte eine solche Lösung auf Sachrechtsebene entwickelt: Nach deutschem Sachrecht (§ 14 Abs. 2 BGB) sind alle Gesellschaften rechtsfähig, die mit der Fähigkeit ausgestattet sind, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Hierzu gehören auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts, denen der BGH schon zuvor ausdrücklich die Rechts- und Parteifähigkeit zugesprochen hatte⁶¹¹. Ausländische Gesellschaften hat der BGH ohne entsprechende Neugründung in Deutschland als Gesellschaften bürgerlichen Rechts oder offene Handelsgesellschaften betrachtet⁶¹², so dass diese nach deutschem Sachrecht rechtsfähig waren. Das Ergebnis der Anerkennung der Rechtsfähigkeit hatte der BGH durch diese Entscheidung somit auf Ebene des Sachrechts - über den Umweg der Einordnung als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts - und nicht auf der Ebene des Kollisionsrechts erreicht.

Die Lösung des BGH auf Sachrechtsebene muss aber nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Inspire Art⁶¹³ als nicht mehr gemeinschaftsrechtskonform angesehen werden. In dieser Entscheidung ging es zwar um einen Fall der sekundären Niederlassungsfreiheit und es betraf mit den Niederlanden auch einen Mitgliedstaat, der der Gründungstheorie folgt, jedoch können die Ausführungen auf die primäre Niederlassungsfreiheit übertragen werden. Der EuGH stellte in dieser Entscheidung fest, dass die Bestimmungen des niederländischen Rechts für formal ausländische Gesellschaften, die in bestimmten Fällen eine obligatorische gesamtschuldnerische Haftung des Geschäftsführers festlegen und ein niederländischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung entsprechendes Mindestkapital fordern, die Niederlassungsfreiheit beschränken. Sie hätten zur Folge, dass bezüglich der Haftung und der Mindestkapitalisierung zwingend die Vorschriften des niederländischen Gesellschaftsrechts Anwendung fänden⁶¹⁴. Er lehnt sodann eine Rechtfertigung der Beschränkung ab. Hierbei erkennt er zwar den Gläubigerschutz als zwingenden Grund des Allgemeininteresses an. Dieser sei jedoch schon dadurch sichergestellt, dass die Gesellschaft als solche ausländischen Rechts auftrete. Damit seien die Gläubiger hinreichend darüber unterrichtet, dass sie anderen Rechtsvorschriften unterliegt, als denen, die in den

Entscheidung die Statuierung einer europarechtlichen Gründungstheorie, die aber nur dann eingreife, wenn es sich um eine nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründete Gesellschaft handele, die zumindest ihren Satzungssitz in der Gesellschaft habe, wenn diese Gesellschaft eine juristische Person darstelle und wenn der Gründungsstaat der Gründungstheorie folge. Subsidiär greife weiterhin nationales Kollisionsrecht.

⁶¹¹ BGH NJW 2001, 1056.

⁶¹² BGH ZIP 2002, 1763. Dazu: *Leible/Hoffmann*, DB 2002, 2203 (2203 ff.); *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2235); *Kindler*, IPRax 2003, 41 (41 ff.).

⁶¹³ EuGH, Rs. C-167/01, Urt. v. 30.9.2003 - Inspire Art.

⁶¹⁴ EuGH, Rs. C-167/01, Urt. v. 30.9.2003 - Inspire Art - Rdnr. 100.

Niederlanden die Gründung von Gesellschaften regeln würden⁶¹⁵. Es läge hier auch keine missbräuchliche oder betrügerische Berufung auf das Gemeinschaftsrecht vor, denn die Gesellschaft Inspire Art habe lediglich von den Freizügigkeitsrechten Gebrauch machen wollen⁶¹⁶.

Bei der Betrachtung der ausländischen Gesellschaft als GbR, sind auch deren Haftungsregeln anzuwenden. Diese werden im Allgemeinen für Gläubiger ungünstiger sein, als die der Gesellschaft nach ihrem Heimatrecht. Eine ex lege-Umwandlung in eine GbR dürfte damit trotz der Achtung der Rechtsfähigkeit wegen der Schaffung neuer Beschränkungen nicht gemeinschaftskonform sein⁶¹⁷. Gleiches muss auch für eine etwaige Pflicht der Umwandlung der Gesellschaft in eine Gesellschaft deutschen Rechts gelten⁶¹⁸. Eine Rechtfertigung aus Gläubigerschutzgesichtspunkten kommt nicht mehr in Betracht.

Dies ändert jedoch nichts an der Prämisse, dass ein Statutenwechsel an sich den zwischenstaatlichen Verkehr noch nicht behindert (auch bei der Anwendung der Gründungstheorie kann es bei Verlegung des Satzungssitzes zu einem Statutenwechsel kommen), der Verstoß vielmehr im Zusammenwirken mit dem Sachrecht entsteht⁶¹⁹. Es ist aber nunmehr festzustellen, dass ein Verstoß in praktischer Hinsicht auf Sachrechtsebene nicht beseitigt werden kann, denn es müssten auf dieser Ebene unzählige den Herkunftsstaaten in haftungsrechtlicher Hinsicht und bezüglich der Mindestkapitalvorschriften identische Gesellschaftsformen erschaffen werden, in die eine automatische Umwandlung stattfindet. Diese Lösung würde zudem auch nicht mehr dem Schutzgedanken der Sitztheorie entsprechen. Auch wenn diese Lösung somit nicht sehr praktikabel ist, scheidet jedoch aufgrund der zumindest theoretischen Möglichkeit eine unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 43, 48 EG als Gründungstheorie aus.

(b) Sekundäre Niederlassungsfreiheit

Im Gegensatz zur primären Niederlassungsfreiheit ist die Anwendung der sekundären Niederlassungsfreiheit auf Gesellschaften seit langem anerkannt. Die Sitztheorie könnte nun hiergegen verstoßen und die Art. 43, 48 EG könnten im Sinne der Gründungstheorie unmittelbar anwendbar sein, wenn in der Frage der

⁶¹⁵ EuGH, Rs. C-167/01, Urt. v. 30.9.2003 - Inspire Art - Rdnr. 135.

⁶¹⁶ EuGH, Rs. C-167/01, Urt. v. 30.9.2003 - Inspire Art - Rdnr. 139.

⁶¹⁷ *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 677 (681); *Roth*, IPRax 2003, 117 (123); .

⁶¹⁸ Anders: *Roth*, IPRax 2003, 117 (123).

⁶¹⁹ *Behrens*, IPRax 2003, 193 (194 f.), geht dagegen davon aus, dass tatsächlich gar kein Statutenwechsel vorliege, weil die Gesellschaft als Gesellschaft des Wegzugsstaates gar nicht mehr existiere. Die Destruktion folge bereits unmittelbar aus der Sitztheorie. Dem ist nicht zuzustimmen. Nur wenn das Sachrecht die Auflösung der Gesellschaft an den Statutenwechsel knüpft, steht die rechtliche Existenz in Frage.

rechtlichen Existenz auf das Gründungsrecht verwiesen würde⁶²⁰. Dies wäre dann der Fall, wenn es einer ausländischen Gesellschaft bei Anwendung dieser Theorie nicht möglich wäre, eine Zweigniederlassung, Tochtergesellschaft oder Agentur zu gründen. Eine solche Möglichkeit wäre nämlich ausgeschlossen, wenn der Staat die Gesellschaft nicht als rechtsfähig anerkennt.

Keine Probleme für die Sitztheorie treten auf - unabhängig davon, ob der Ursprungsstaat der Sitz- oder der Gründungstheorie folgt - wenn die Gesellschaft den Verwaltungs- und Satzungssitz in demselben Mitgliedstaat hat: Die Gesellschaft würde anerkannt. Anders gestaltet sich die Lage, wenn der Satzung- und der Verwaltungssitz in unterschiedlichen Staaten gelegen sind und der Staat, in dem die Zweigniederlassung gegründet werden soll, auf den Verwaltungssitzstaat verweist. Ist er dies selbst, wird nach dem Sachrecht – zumindest nach alter Rechtslage in Deutschland⁶²¹ - die Gesellschaft nicht als solche anerkannt. Ist dies ein anderer Staat, muss entschieden werden, welcher Theorie dieser Staat folgt. Folgt er der Sitztheorie, muss dessen Sachrecht befragt werden, was möglicherweise eine Nichtanerkennung zur Folge hätte. Folgt er der Gründungstheorie, wird weiter verwiesen, entweder auf einen Staat, der der Gründungstheorie folgt, so dass die Gesellschaft anerkannt würde, oder auf einen Sitztheoriestaat, was zum Ergebnis hätte, dass die Gesellschaft nicht anerkannt würde.

Es sind also verschiedene Konstellationen denkbar, in denen keine Anerkennung möglich wäre. Hier ist aber eine Unterscheidung zwischen primärer und sekundärer Niederlassungsfreiheit notwendig. Sowohl die wirksame Gründung als auch die spätere Verlegung von Satzungs- oder Verwaltungssitz unterfallen der primären Niederlassungsfreiheit, so dass eigentlich diese und erst mittelbar die sekundäre Niederlassungsfreiheit betroffen ist.

cc. Ergebnis

Bei einer Betrachtung der Niederlassungsfreiheit als Beschränkungsverbot ergibt sich, dass das Ergebnis der Anwendung von Sitztheorie und Sachrecht möglicherweise nicht den Anforderungen entspricht. Wie dieses Problem gelöst wird - auf Ebene des Sachrechts⁶²² oder des Kollisionsrechts - ist aber den

⁶²⁰ *Behrens*, IPRax 1999, 323 (325).

⁶²¹ Die Vorschrift des § 13 e Abs. 2 S. 2 HGB verlangt, dass die Gesellschaft bestehen muss, vgl.: *Sonnenberger/Großrichter*, RIW 1999, 721 (725).

⁶²² So auch: *Neßler*, ZfRV 2000, 1 (7), der auch bemerkt, dass die EG schon umfangreiche Rechtsangleichungsprogramme (11 Richtlinien) auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts durchgeführt hat. Ebenso: *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 373 (424). Hier ist auf die Ausführungen unter Teil 2, B.I.2.b.(3) zu verweisen.

Mitgliedstaaten überlassen. Der Gerichtshof hat in der Entscheidung in der Rechtssache Überseering keine ausdrückliche Aussage für oder gegen die Sitztheorie getroffen. Es bleibt vielmehr grundsätzlich den Mitgliedstaaten überlassen, wie sie das Ergebnis sicherstellen, auch wenn in praktischer Hinsicht die Beseitigung wohl nur auf Kollisionsrechtsebene möglich ist. Art. 43, 48 EG sind aber weder im Rahmen der sekundären noch der primären Niederlassungsfreiheit unmittelbar im Sinne der Gründungstheorie anwendbar⁶²³. Auch im europäischen Sekundärrecht, beispielsweise in Art. 12 S. 2 EWIVVO, und in einem Richtlinienentwurf⁶²⁴ findet sich nicht die Gründungstheorie, sondern eine modifizierte Sitztheorie⁶²⁵. Ein kollisionsrechtlicher Gehalt der Art. 43, 48 EG ist nur insofern ersichtlich, als der eigene Anwendungsbereich geregelt wird.

4. Ergebnis

Aus der unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten folgen grundsätzlich keine Kollisionsnormen und Normen des internationalen Verfahrensrechts. Nur Art. 48 EG stellt eine selbstgerechte Sachnorm dar.

II. Die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten durch unterschiedliche internationale Privatrechte

Auch, wenn die internationalen Privatrechte grundsätzlich ein Mittel zur Förderung der europäischen Integration sind⁶²⁶, so könnte deren Verschiedenheit diese auch wieder gefährden⁶²⁷. Divergierendes Recht betrifft Zugangsbedingungen zum Markt, aber auch die Bedingungen auf dem Markt und den Wettbewerb⁶²⁸.

⁶²³ So auch: *Kohler*, Der Europäische Justizraum für Zivilsachen und das Gemeinschaftskollisionsrecht, 30.

⁶²⁴ Vorschlag für eine 14. Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts, abgedruckt in: ZIP 1999, 1721 (1723 ff.). Für die Gesellschaft besteht hiernach die Verpflichtung, sich im Gesellschaftsregister des Zuzugsstaates einzutragen und ihre Eintragung im Register des Wegzugsstaates löschen zu lassen (Art. 11).

⁶²⁵ *Sonnenberger/Großrichter*, RIW 1999, 721 (727); *Kindler*, in: Münchener Kommentar, Bd. 11, Rdnr. 372.

⁶²⁶ Das Kollisionsrecht wahrt die Gleichheit der Rechtssysteme mit Hilfe eines Verweisungs- und Anerkennungsrechts, ohne die kulturelle Identität der nationalen Rechtssysteme anzutasten, *Jayme*, Europäisches Kollisionsrecht, Grundlagen - Grundfragen, in: Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts der Europäischen Union, 1 (17).

⁶²⁷ *Seif*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1997, 225 (226). *Mülbert*, ZHR 1995, 2 (31), der behauptet, dass jede fremde Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit eine Beschränkung bildet.

⁶²⁸ *Müller-Graff*, EuR 1989, 107 (119). Auch *von Wilmsky*, RabelsZ 1998, 1 (25), stellt fest, dass der Binnenmarkt Entscheidungsharmonie verlangt.

1. Fehlende Vorhersehbarkeit des Sachrechts

Wird es für den Wirtschaftsteilnehmer schwierig, das Recht, das auf einen bestimmten Sachverhalt anzuwenden ist, vorauszusehen oder wird seinem Interesse nach der Anwendung seines Heimatrechtes nicht Rechnung getragen, wird der grenzüberschreitende Wirtschaftsverkehr erschwert⁶²⁹. Es entsteht die Notwendigkeit, eine fremde Rechtsordnung zu erkunden und auch der Zugang zum Recht wird intransparent. Eine solche fehlende Vorhersehbarkeit läge beispielsweise vor, wenn sowohl der Ausfuhr- als auch der Einfuhrstaat auf das jeweils eigene Recht verweisen würden (Bsp. Produkthaftung - Einfuhrland verweist auf den Ort des Erfolgseintritts und Ausfuhrland auf den Sitz des Herstellers). Wenn als Gerichtsstand beide Staaten in Frage kämen, so wäre für den Wirtschaftsteilnehmer im Vorhinein nicht ermittelbar, nach welchem Recht er verklagt werden könnte⁶³⁰. Es entstünde die Möglichkeit des forum shoppings, der Kläger hätte die Wahl des Gerichtsstandes und damit auch des anwendbaren Rechts, was bei einer entsprechenden gesetzlichen Lage zu einer Bestimmung des Ergebnisses des Rechtsstreits führen kann.

Ähnlich ist die Lage bezüglich der Anerkennung von Urteilen⁶³¹. Es ist grundsätzlich⁶³² unerheblich, ob im Urteilsstaat auf das gleiche Recht verwiesen wird wie im Anerkennungsstaat. Da eine Anerkennung vorgenommen werden muss, wenn keine Versagungsgründe entgegenstehen, werden damit indirekt im Anerkennungsstaat andere Kollisionsnormen, also mitunter ein anderes Recht angewendet. Gleiche oder zumindest vergleichbare wirtschaftliche Sachverhalte werden somit in demselben Staat nach unterschiedlichen Regeln behandelt. Bei einer Nichtanerkennung entstehen hinkende Rechtsverhältnisse⁶³³.

⁶²⁹ *Hinz*, ZEuP 1994, 553 (554); *Kreuzer*, Internationales Privatrecht und europäische Integration, in: Brieskorn u.a. (Hrsg.), Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft, 543 (554); *Höpping*, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 92; *Taupitz*, Privatrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung in Europa, 13, stellt fest, dass die Rechtsanwendung oft einen kaum noch vertretbaren Aufwand erfordert: Welches Recht gilt mit welchem Vorrang und welchem Anwendungsbereich und unter Zuhilfenahme welcher nationalen und internationalen Auslegungskriterien ist es anzuwenden?

⁶³⁰ *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 373 (408); *ders.* Internationales Privatrecht und europäische Integration, in: Brieskorn u.a. (Hrsg.), Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft, 543 (553); *Seif*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, 1997, 225 (239); *Höpping*, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 102.

⁶³¹ Ausführlich hierzu: *Kohler*, IPRax 1992, 277 (281).

⁶³² Ausnahme: Art. 27 Nr. 4 EuGVÜ - Vorschriften des internationalen Privatrechts bezüglich des Personenstandes, der Rechts- und Handlungsfähigkeit, gesetzlichen Vertretung natürlicher Personen, der ehelichen Güterstände, des Erbrechts. Anders jetzt: Art. 34 EuGVVO und auch Art. 15 Brüssel II-VO, wo eine solche Überprüfung in keiner Materie mehr stattfindet.

⁶³³ *Kreuzer*, Internationales Privatrecht und europäische Integration, in: Brieskorn u.a. (Hrsg.), Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft, 543 (554); *ders.* Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 373 (409).

Unterschiedliche Kollisions- und internationale Verfahrensnormen verursachen also Rechtsunsicherheit, weil ein äußerer Entscheidungseinklang nicht gewährleistet ist.

2. Unmöglichkeit der Durchsetzung der Forderungen/ sich widersprechende Urteile

Sind die Regelungen über die internationale Zuständigkeit nicht vereinheitlicht, kann es zu Überschneidungen, aber auch zu Lücken kommen. Erklären sich bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Gerichte unterschiedlicher Mitgliedstaaten zur Entscheidung über denselben Streitgegenstand zuständig, können diese auch in der Sache anders entscheiden, so dass einander widersprechende Urteile vorliegen. Dies widerspricht einem einheitlichen Markt und birgt zusätzlich Anerkennungsprobleme. Erklärt sich dagegen kein Gericht zuständig, kann der Rechtssuchende keinen Rechtsschutz erlangen.

3. Mangelnde Kenntnis fremder international-privatrechtlicher Normen

Die mangelnde Kenntnis der fremden IPR-Normen ist unter Umständen ausschlaggebend dafür, dass ein grenzüberschreitender Handel nicht stattfindet. Die Kosten und der Zeitaufwand werden ebenfalls erhöht, wenn erst ein fremdes IPR (bzw. bei einer Gesamtverweisung möglicherweise verschiedene fremde IPR) erkundet werden muss. Als solche Transaktionskosten⁶³⁴ sind insbesondere die Informationskosten, die Rechtsberatungskosten aber letztlich auch die Umstellungskosten zu veranschlagen⁶³⁵.

4. Erforderliches Maß der Einheitlichkeit

Jedoch darf eine Angleichung nicht generell für alle Materien gefordert werden, da die Marktteilnehmer die Rechtsvielfalt bis zu einem gewissen Grad hinnehmen können⁶³⁶. Vielmehr muss eine Beschränkung erfolgen. Als Grenze der Erforderlichkeit der Rechtsangleichung dienen die Schutzbereiche der einzelnen Grundfreiheiten⁶³⁷. Die Eröffnung der Schutzbereiche für Privatrechtsnormen wurde bereits festgestellt⁶³⁸.

Der Maßstab der Erforderlichkeit einer solchen Vereinheitlichung für den Binnenmarkt darf hier aber nicht so hoch angesetzt werden wie im Rahmen der

⁶³⁴ *de Groot*, MJ 1997, 1 (2).

⁶³⁵ *Langner*, *RabelsZ* 2001, 222 (226).

⁶³⁶ *Müller-Graff*, *EuR* 1989, 107 (119).

⁶³⁷ *Schelo*, *Rechtsangleichung im Europäischen Zivilprozeßrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz*, 4.

⁶³⁸ Teil 2, B.I.1.

Prüfung der unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten als Kollisionsnormen, denn die Beseitigung unterschiedlicher Rechtsnormen durch einen legislativen Akt setzt ja gerade voraus, dass eine unmittelbare Anwendbarkeit nicht gegeben ist. Eine Rechtsangleichung soll vielmehr nur dort erfolgen, wo unterschiedliche mitgliedstaatliche Normen den zwingenden Erfordernissen der Cassis-Formel⁶³⁹ oder der Keck-Formel entsprechen oder wo eine nach den Grundfreiheiten erlaubte Inländerdiskriminierung stattfindet. Vorliegend fallen die einzelnen Materien des Privatrechts in den gegenständlichen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten⁶⁴⁰. Eine unmittelbare Anwendbarkeit scheidet aber gerade wegen der Keck- und Cassis-Rechtsprechung regelmäßig aus. Eine Vergemeinschaftung ist damit möglich.

Gegen die Notwendigkeit einer Vergemeinschaftung des IPR könnte jedoch die Lage in den USA sprechen. Denn obwohl hier zweifellos eine wirtschaftliche Einheit besteht und der zwischenstaatliche Verkehr in einem viel größeren Maße als in Europa zum Alltag gehört, hat auch mehr als 200 Jahre nach Gründung der Föderation jeder Einzelstaat noch sein eigenes IPR⁶⁴¹. Daraus könnte geschlossen werden, dass weder das IPR noch das IZVR vereinheitlicht werden müssen, um einen einheitlichen Wirtschaftsraum zu entwickeln⁶⁴². Eine solche Ansicht verkennt jedoch die Verschiedenheit der Ausgangslagen. Während sich in Europa Rechtstraditionen und Rechtsauffassungen zwischen den Staaten in hohem Maße unterscheiden, ist der historische Hintergrund der amerikanischen einzelstaatlichen Rechte vergleichbar⁶⁴³. Viele Gesetze und ungeschriebene Regeln wurden in den neuen Kolonien und Einzelstaaten von den schon bestehenden Einzelstaaten und vom Bund übernommen⁶⁴⁴. Dadurch hat sich ein Fundament überall akzeptierter Grundbegriffe und Grundprinzipien gebildet⁶⁴⁵. Das Recht aller Einzelstaaten mit Ausnahme von Louisiana beruht auf dem common law. Selbst wenn teilweise verschiedene Ansätze existieren, sind die Ergebnisse der verschiedenen Gerichte wegen der sich ähnelnden Rechtsauffassungen und der verfassungsrechtlichen Durchdringung des einzelstaatlichen Rechts meist identisch. Beispiele für verfassungsrechtliche

⁶³⁹ *Hayder*, *RabelsZ* 1989, 622 (632); *Schelo*, Rechtsangleichung im Europäischen Zivilprozeßrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz, 6 f.

⁶⁴⁰ Teil 2, B.I.1.b.

⁶⁴¹ *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 323.

⁶⁴² *Kötz*, *RabelsZ* 1986, 1 (14).

⁶⁴³ *Reimann*, *MJ* 1996, 217 (228); *Kronstein*, Erfahrungen aus amerikanischer Rechtsangleichung, in: von Caemmerer (Hrsg.), *Festschrift für Hallstein*, 275 (275); *Schulz*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem gemeinsamen Markt, 181; *Büßer*, Das Widerrufsrecht des Verbrauchers, 63.

⁶⁴⁴ Beispielhaft seien hier die „Federal Rules of Civil Procedure“ und die „Federal Rules of Evidence“ genannt, vgl.: *Reimann*, *MJ* 1996, 217 (225). *Gray*, *RabelsZ* 1986, 111 (114); *Currie*, *JZ* 1996, 930 (931 f.).

⁶⁴⁵ *Kötz*, Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 95 (101).

Vorgaben sind der Grundsatz des *due process of law*⁶⁴⁶ und die *full faith and credit clause*⁶⁴⁷, die insbesondere im Prozessrecht eine eminent wichtige Rolle spielen. So muss sich die Inanspruchnahme internationaler Zuständigkeit aufgrund des *due process* Gebotes in jedem Einzelstaat als „fair and reasonable“ erweisen⁶⁴⁸. Darüber hinaus dienen Bestimmungen des Bundes als Vorbild für einzelstaatliche Regelungen.

Weiterhin ist festzustellen, dass auch in den USA die Kompetenz für den zwischenstaatlichen Handel dem Bund zusteht⁶⁴⁹ und darüber hinaus immer wieder große Vereinheitlichungsbemühungen in angrenzenden Gebieten existieren⁶⁵⁰. So schuf die „National Conference of Commissioners on Uniform State Laws“ den Uniform Commercial Code (UCC). Auch wenn keine Umsetzungsverpflichtung für die Einzelstaaten besteht⁶⁵¹, nicht alle Facetten des Handelsrechts umfassend geregelt sind und der UCC durch die Einzelstaaten im Rahmen der Umsetzung oder durch interpretierende Gerichtsentscheidungen abgeändert wurde⁶⁵², so ist durch ihn doch eine gewisse Einheitlichkeit im handelsrechtlichen Sachrecht entstanden. Ist das Sachrecht vereinheitlicht, erscheint eine Vereinheitlichung des interlokalen Kollisionsrechts nicht mehr notwendig.

5. Ergebnis

Der Binnenmarkt wird durch unterschiedliche international-privatrechtliche Regelungen gestört. Er kann nur dann gewährleistet werden, wenn der Bürger unabhängig davon, welches mitgliedstaatliche Gericht er zur Entscheidung beruft, die Sicherheit hat, dass ein und dieselben Sachrechtsnormen angewandt

⁶⁴⁶ Vth, XIVth amendment sec. 1 U.S.Constitution.

⁶⁴⁷ Art. IV sec. 1 U.S.Constitution.

⁶⁴⁸ *Grothe*, *RabelsZ* 1994, 686 (693); *Bruns*, *JZ* 1999, 278 (283).

⁶⁴⁹ Art. I sec. 8 cl. 3 U.S.Constit. - interstate commerce clause.

⁶⁵⁰ *Currie* *JZ* 1986, 930 (933); *Müller-Graff*, *NJW* 1993, 13 (18); *Reimann*, *MJ* 1996, 217 (227); *Kronstein*, Erfahrungen aus amerikanischer Rechtsangleichung, in: von Caemmerer (Hrsg.), *Festschrift für Hallstein*, 275 (284 ff.). Neben der „National Conference of Commissioners on Uniform State Laws“ ist hier insbesondere das „American Law Institute“ zu nennen, das durch die Restatements zur Rechtsvereinheitlichung beiträgt.

⁶⁵¹ *Kronstein*, Erfahrungen aus amerikanischer Rechtsangleichung, in: von Caemmerer (Hrsg.), *Festschrift für Hallstein*, 275 (279); *Basedow*, Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht, in: *Schneyder* (Hrsg.), *Internationales Verbraucherrecht*, 11 (15).

⁶⁵² *Gray*, *RabelsZ* 1986, 111 (137); *Stein*, *RabelsZ* 1986, 166 (170); *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 373 (426).

werden⁶⁵³. Nur so kann eine Stabilität der Rechtsverhältnisse und Rechtssicherheit sichergestellt und eine Störung des Wirtschaftsverkehrs vermieden werden.

C. Wettbewerbsgleichheit

Neben der Gewährleistung des grenzüberschreitenden Handels durch die Grundfreiheiten spielt auch das „Wettbewerbsprinzip“ für die Realisierung des Binnenmarktes eine erhebliche Rolle⁶⁵⁴. Ziel des Binnenmarktes ist eben auch, den Wettbewerb vor Verfälschungen zu schützen, also die Sicherstellung der Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer⁶⁵⁵. Der unverfälschte Wettbewerb setzt voraus, dass auf dem Markt ein wirksamer Wettbewerb herrscht; es muss so viel Wettbewerb vorhanden sein, dass die Bildung eines einzigen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen erreicht werden kann⁶⁵⁶. Dieses Ziel soll durch die Wettbewerbsregeln⁶⁵⁷ an sich erreicht werden, aber in gleichem Maße zielen die Grundfreiheiten auf die Eröffnung und Gewährleistung der Möglichkeit zum grenzüberschreitenden und binnenmarktweiten Wettbewerb ab⁶⁵⁸.

Aber auch aus der Realisierung des Zieles der Wettbewerbsgleichheit ergibt sich nicht die Anwendung eines bestimmten Privatrechts. Eine Chancengleichheit wäre gerade bei einer konsequenten Durchsetzung des Herkunftslandsprinzips, also bei einer Anwendung der Privatrechtsnormen des Ursprungsstaates, nicht gewährleistet⁶⁵⁹, denn die Hersteller müssten - unabhängig davon, auf welchem Markt sie das Produkt in den Verkehr bringen wollen - den mehr oder minder strengen Vorschriften des Landes, in dem sie Ware produzieren, folgen. Es kommt zu Wettbewerbsverzerrungen, obwohl der freiheitlichen Komponente der Grundfreiheiten Genüge getan ist⁶⁶⁰. Die Produzenten aus einem Land mit strengeren Vorschriften wären benachteiligt gegenüber solchen aus

⁶⁵³ Roth, *RabelsZ* 1991, 622 (664); Kreuzer, *Internationales Privatrecht und europäische Integration*, in: Brieskorn u.a. (Hrsg.), *Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft*, 543 (554); Schulz, *Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem gemeinsamen Markt*, 108.

⁶⁵⁴ Engel, *ZfRV* 1999, 121 (124); Neßler, *ZfRV* 2000, 1 (1); Oppermann, *Europarecht*, Rdnr. 932; Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Art. 14, Rdnr. 20.

⁶⁵⁵ EuGH, Rs. C-362/88, Urt. v. 7.3.1990 - GB Inno - BM - Slg. 1991, I-5941 (5981, Rdnr. 25).

⁶⁵⁶ EuGH, Rs. 26/76, Urt. v. 25.10.1977 - Metro - Slg. 1977, 1875 (1905, Rdnr. 20).

⁶⁵⁷ Hierzu zählen Art. 81 EG (Verbot wettbewerbsbehindernder Vereinbarungen und Beschlüsse), Art. 82 EG (Verbot des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung), Art. 86 EG (Recht öffentlicher Unternehmen und die Art. 87 ff. EG (Beihilferecht).

⁶⁵⁸ Seidel, *Die Vollendung des Binnenmarktes der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsetzungsprozeß*, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), *Festschrift für Steindorff*, 1455 (1458); Nicolaysen, *Europarecht II*, 310; Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), *Kommentar zum EU- und EG-Vertrag*, Art. 28, Rdnr. 2.

⁶⁵⁹ Die Grundfreiheiten bereiten hier keine Probleme, wenn im Herkunftsland geklagt wird, da die Anwendung des eigenen Rechts keine spezifische Ausfuhrbeschränkung darstellt. Ebenso für das Bestehen von Wettbewerbsbeschränkungen bei konsequenter Durchsetzung des Herkunftslandsprinzips: Engel, *ZfRV* 1999, 121 (124).

⁶⁶⁰ Bernhard, *EuZW* 1992, 437 (441).

Mitgliedstaaten mit eher liberalen Normen. Die Anwendung des Herkunftslandprinzips auf das Privatrecht und Unterschiede in den Rechtsordnungen verzerren den Wettbewerb, da hierdurch das Gleichgewicht gestört werden kann und der Zugang zum Markt erschwert wird⁶⁶¹. Das Herkunftslandprinzip beseitigt zwar die Ungleichheiten zwischen den Staaten, nicht aber die Ungleichheiten innerhalb des Territoriums eines Staates⁶⁶².

Gleicher Wettbewerb kann demzufolge nur bei einer Erreichung des Ideals der Gleichheit aller Regelungen gewährleistet werden oder beim Übergang zum Bestimmungslandprinzip⁶⁶³, das sich als Prinzip der *par conditio concurrentium* aus dem Diskriminierungsverbot herleiten ließe⁶⁶⁴. Die Gewährleistung des gleichen Wettbewerbs durch das Bestimmungslandprinzip krankt jedoch daran, dass eine Kollisionsnorm, die sowohl für den Inländer als auch für den Ausländer das inländische Recht für anwendbar erklärt, eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit in dem Sinne darstellt, dass der ausländische Anbieter das Recht erst ermitteln und verstehen muss⁶⁶⁵. Des Weiteren kann der Unternehmer unmöglich die sich aus den 15 Rechtssystemen ergebenden Rechtsfolgen für seine Verträge im Einzelnen voraussehen⁶⁶⁶. Dieses Bestimmungslandprinzip verstößt damit, wie schon ausgeführt, teilweise gegen die freiheitliche Komponente der Grundfreiheiten, da bei seiner Anwendung Beschränkungen auftreten können.

Die Wettbewerbsgleichheit und das Ziel der Ermöglichung des grenzüberschreitenden Verkehrs stehen in einem gewissen Widerspruch. Dem Binnenmarkt kann nicht nur eine Funktion zugeschrieben werden. Es besteht die Notwendigkeit einer Abwägung, so dass eine unmittelbare Anwendung nicht in Betracht kommt. Die Wettbewerbsverzerrungen können aber durch eine Vereinheitlichung des IPR abgemildert werden⁶⁶⁷.

D. Ergebnis

Zentrale Elemente des Binnenmarktes sind der freie Verkehr und der Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen. Aus deren unmittelbarer Anwendung ergeben sich jedoch keine Kollisionsnormen oder Normen des internationalen

⁶⁶¹ *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 50; *Schelo*, Rechtsangleichung im Europäischen Zivilprozeßrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz, 25 und 29. Im Speziellen für das Sachenrecht: *Drobnig*, Vorüberlegungen zu einem europäischen Sachenrecht, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, 169 (176).

⁶⁶² *Bernhard*, EuZW 1992, 437 (441).

⁶⁶³ *Höpping*, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 103.

⁶⁶⁴ *Bernhard*, EuZW 1992, 437 (441). Siehe Teil 2, B.I.2.a.bb.

⁶⁶⁵ *von Hoffmann*, in: Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, Art. 28 EGBGB, Rdnr. 27.

⁶⁶⁶ *Drasch*, Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht, 301.

⁶⁶⁷ *Koch*, wrp 1989, 553 (555); *Höpping*, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 70.

Verfahrensrechts. Diskriminierende Vorschriften, die sowohl im Sach- als auch im Kollisionsrecht denkbar sind, werden lediglich in nichtdiskriminierender Weise angewandt, ohne dass ein bestimmtes Recht berufen wird. Demgegenüber stellen Privatrechtssachnormen schon selten Beschränkungen dar, da sie entweder durch die Keck- oder die Cassis-Rechtsprechung aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgeschlossen sind. Sollte eine Privatrechtssachnorm im Einzelfall doch eine Beschränkung auferlegen, obliegt es den Mitgliedstaaten zu entscheiden, wie diese beseitigt werden kann, ohne dass zwingendermaßen das Herkunftsrecht berufen wird. Kollisionsrechtliche Normen können insbesondere durch die Durchsetzung materiellrechtlicher Interessen Beschränkungen darstellen, sind dann aber zumeist durch die Cassis-Rechtsprechung gerechtfertigt. Ist dies nicht der Fall, liegt die Beseitigung der Erschwerung wieder bei den Mitgliedstaaten. Dies wurde insbesondere aus den Auswirkungen der Art. 43, 48 EG auf das internationale Gesellschaftsrecht deutlich. Diese Normen treffen keine Entscheidung für oder gegen die Sitztheorie.

Eine Beeinträchtigung sowohl der Grundfreiheiten als auch des grenzüberschreitenden Wettbewerbs ergibt sich jedoch aus der Verschiedenheit des Kollisionsrechts der einzelnen Mitgliedstaaten. Sie kann nur mittels einer Vereinheitlichung oder Angleichung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber oder die Gesetzgeber der einzelnen Mitgliedstaaten behoben werden, sofern dafür eine Kompetenz besteht.

Teil 3 - Kompetenzen zur Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts

Unterschiedliche IPR behindern den Binnenmarkt in vielfacher Weise⁶⁶⁸ und stören den Aufbau eines einheitlichen Rechtsraumes⁶⁶⁹, denn in einem solchen soll der Zugang zum Recht gewährleistet sein. Zur Realisierung dieser Räume ist möglicherweise nicht die vollständige Vereinheitlichung des materiellen Rechts, jedenfalls aber die Einheitlichkeit des Rechtsanwendungsrechts notwendig, da nur dadurch dem Prinzip der Rechtssicherheit Rechnung getragen⁶⁷⁰ und eine gewisse Vorhersehbarkeit gewährleistet werden kann.

Eine umfassende Vereinheitlichung erscheint durch die Mitgliedstaaten selbst - beispielsweise in Form von Staatsverträgen - oder durch die Gemeinschaft mit Hilfe der im EG-Vertrag vorgesehenen Instrumente möglich. Die Gemeinschaft darf nur in den Fällen, in denen die Mitgliedstaaten ihr eine ausdrückliche Handlungsermächtigung eingeräumt haben, Maßnahmen ergreifen (Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5 Abs. 1 EG). Den Mitgliedstaaten selbst ist gerade auf diesen Gebieten ein Tätigwerden nur noch unter engen Voraussetzungen möglich, da sie insoweit auf ihre Souveränität verzichtet haben. Eine Ausnahme bildet hier Art. 293 EG, der die Kompetenz der Mitgliedstaaten aufrechterhält.

Im Folgenden sollen nun die einzelnen in Betracht kommenden Kompetenzen auf ihre Eignung für eine Vergemeinschaftung des IPR untersucht werden. Im Mittelpunkt muss dabei Art. 65 EG stehen, der im Rahmen des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts durch den Vertrag von Amsterdam in den EG-Vertrag eingefügt wurde. Anschließend sind die schon erlassenen harmonisierenden Maßnahmen zu untersuchen und deren Verhältnis zu anderen schon bestehenden Rechtsakten zu erörtern.

A. Art. 61 lit. c i.V.m. 65 EG als Kompetenznorm für ein einheitliches internationales Privatrecht

Wie bereits im ersten Teil erläutert⁶⁷¹, haben die Mitgliedstaaten die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen durch den Amsterdamer Vertrag vergemeinschaftet. Art. 61 lit. c EG spricht generell vom Bereich der justitiellen

⁶⁶⁸ Siehe Teil 2, B.II.

⁶⁶⁹ Siehe Teil 1, C.II.2.a.cc.

⁶⁷⁰ Siehe Teil 2, B.II.1. Des Weiteren: *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 373 (409).

⁶⁷¹ Siehe Teil 1, C.IV.

Zusammenarbeit in Zivilsachen⁶⁷², Art. 65 EG beschränkt dies auf die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen und benennt konkret drei Materien, die in der vorliegenden Untersuchung von Bedeutung sind:

Art. 65 lit. a und c EG zielen auf das Prozessrecht ab. Die in Art. 65 lit. a EG angeführten Materien gehören zu diesem Rechtsgebiet (sie betreffen verschiedene Formen der Rechtshilfe und Teile des internationalen Zivilverfahrensrechts⁶⁷³). In lit. c wird von der Abwicklung von Zivilverfahren gesprochen.

Der Bezug der Regelung des Art. 65 lit. b EG auf das IPR ergibt sich aus dem Begriff der Kollisionsnormen. Die Einbeziehung von Teilen des internationalen Zivilverfahrensrechts, insbesondere die Bestimmung des zuständigen Gerichts, ist dagegen nicht eindeutig aus der deutschen Fassung („Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten“) ersichtlich. Anders gestaltet sich dies in den englischen und französischen Fassungen. Im Englischen lautet Art. 65 lit. b: „rules applicable in the Member States concerning the conflicts of laws and jurisdiction“. Die französische Fassung hat folgenden Wortlaut: „favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence“. Art. 65 lit. b EG ermächtigt damit auch zu einem Tätigwerden im Bereich der gerichtlichen Zuständigkeit. Nicht umfasst sind dagegen Sachregelungen, die internationale Sachverhalte unmittelbar betreffen⁶⁷⁴, also Ausländer in anderer Weise behandeln als Inländer (fremdenrechtliche Regelungen), wie z.B. §§ 917, 110 ZPO a.F., § 10 EheG a.F.⁶⁷⁵ Diese werden zwar in manchen Rechtsordnungen dem IPR zugeordnet, sie verweisen jedoch nicht auf eine bestimmte Rechtsordnung zur Regelung eines Sachverhaltes, so dass es sich nicht um Kollisionsnormen im Sinne des Art. 65 lit. b EG handelt.

Art. 65 lit. b EG spielt damit in der Betrachtung der Fortentwicklung des IPR die entscheidende Rolle, jedoch dürfen die anderen Absätze nicht außer Acht gelassen werden, da sie mit lit. b eine Einheit bilden. Dies gilt insbesondere für Art. 65 lit. a 3. Spiegelstrich EG (Anerkennung und Vollstreckung). Inwieweit auf Art. 65 EG eine Weiterentwicklung des IPR gestützt werden kann, ist durch eine Untersuchung der einzelnen Tatbestandsmerkmale und die Klärung des

⁶⁷² Bei Art. 61 EG handelt es sich aber aufgrund der unpräzisen Formulierung, welche dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nicht gerecht wird, und der fehlenden Bestimmung des Verfahrens nicht um eine Kompetenznorm. Es wird hier vielmehr eine deklaratorische Programmübersicht gegeben. Ebenso: *Helms*, FamRZ 2002, 1593 (1594); *Kraus-Vonjahr*, Der Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa, 125.

⁶⁷³ Denkschrift der Bundesregierung zum Amsterdamer Vertrag, BR-Drs. 784/97, 139 (152).

⁶⁷⁴ *Wiedmann*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 65 EG, Rdnr. 15.

⁶⁷⁵ Siehe Teil 2, B.I.2.a.cc.(1)(a); *von Bar*, IPR I, Rdnr. 227.

Verhältnisses zu anderen zur Vergemeinschaftung des IPR in Betracht kommenden Kompetenzen zu ermitteln.

I. Untersuchung der spezifischen Voraussetzungen des Art. 65 EG

Der Anwendungsbereich und Regelungsgehalt des Art. 65 EG kann nur durch eine Analyse der Systematik, Geschichte und des Wortlautes⁶⁷⁶ festgestellt werden.

1. Systematische und historische Aspekte

a. Einbettung in den Titel IV

Nach der Überschrift des Titels IV gelten die Kompetenzen nur insoweit, als der „freie Personenverkehr“ betroffen ist⁶⁷⁷. Teilweise wird vertreten, dass Maßnahmen nach Art. 65 EG keinen Bezug zum freien Personenverkehr erfordern, da nur Art. 61 lit. a EG, nicht aber der auf Art. 65 EG verweisende Art. 61 lit. c EG ausdrücklich die Gewährleistung des freien Personenverkehrs als Zielstellung nennt⁶⁷⁸. Würde sich der „freie Personenverkehr“ auf alle Politiken beziehen, sei eine ausdrückliche Aufführung wie in Art. 61 lit. a EG nicht mehr notwendig. Ein solcher Umkehrschluss kann jedoch nicht gezogen werden. Es bedarf nicht der expliziten Nennung dieses Zieles für jede der behandelten Politiken, denn diese Beziehung ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte⁶⁷⁹. Bereits Art. K.1 Abs. 1 EUV/Maastricht stellte die Zusammenarbeit in der Rechts- und Innenpolitik unter das Ziel der Verwirklichung der Freizügigkeit⁶⁸⁰. Dies sollte sich durch die Vergemeinschaftung nicht ändern.

Die Gewährleistung eines freien Verkehrs von Personen findet neben der Waren- und Dienstleistungsfreiheit auch in Art. 14 Abs. 2 EG zur Charakterisierung des Binnenmarktes Erwähnung. Bei gleicher Auslegung könnte hieraus zu schließen sein, dass der Titel IV EG nur für Aspekte der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der

⁶⁷⁶ Zu den Auslegungsmethoden des Gemeinschaftsrechts, vgl.: Teil 1, C.

⁶⁷⁷ Die Bedeutung des Titels betonen: *Basedow*, EuZW 1997, 609 (609); *Wiedmann*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 65, Rdnr. 9.

⁶⁷⁸ *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2 (3); *Mansel*, Zum Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht nach Amsterdam und Nizza, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 1 (5); *Schelo*, Rechtsangleichung im Europäischen Zivilprozessrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz, 63; *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 107.

⁶⁷⁹ Teil 1, C. I.

⁶⁸⁰ Hiergegen führt *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 108, an, dass schon die Einordnung der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in die Regelungen der dritten Säule des Maastrichter Vertrages ein Fremdkörper war.

Niederlassungsfreiheit gilt⁶⁸¹. Schon im Rahmen von Art. 14 EG gibt es andererseits Zweifel, ob dieser über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Selbständigen hinaus nicht auch die Personen umfassen sollte, die nicht im Erwerbsleben stehen⁶⁸². Ähnliche Zweifel sind im Rahmen des Titels IV aufgrund seiner Entstehungsgeschichte⁶⁸³ umso berechtigter.

Aufgrund der immer größeren Abkehr vom allein wirtschaftlichen Denken hin zu einer zunehmenden Politisierung der Gemeinschaft, die sich unter anderem an der Einführung der Unionsbürgerschaft und der Querschnittsklauseln zeigt, könnte der „freie Personenverkehr“ auch allgemein im Sinne des Art. 18 EG ausgelegt werden. Diese Vorschrift räumt jedem Unionsbürger das Recht ein, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Der Titel IV wurde im Zusammenhang mit der Errichtung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts eingeführt. Hauptbestandteil dieser Freiheit ist eine weit auszulegende Freizügigkeit⁶⁸⁴. Sie bezieht sich aufgrund der allgemeinen Geltung nicht nur im EG-, sondern auch im EU-Vertrag und aufgrund der zentralen Stellung des Unionsbürgers nicht allein auf die wirtschaftliche Freizügigkeit, sondern gilt allgemein für jeden Unionsbürger⁶⁸⁵. Eine Einschränkung der Kompetenz des Art. 65 lit. b EG durch die Überschrift des Titels IV ist nicht ersichtlich⁶⁸⁶, vielmehr wird nur eine Richtung aufgezeigt.

Neben der Freizügigkeit als Zielsetzung ergibt sich aus der Einbettung in den Titel IV, dass die Weiterentwicklung des Kollisionsrechts im Gesamtzusammenhang der europäischen Rechts- und Innenpolitik zu erfolgen hat⁶⁸⁷.

⁶⁸¹ Art. 14 Abs. 2 EG wird in diesem Sinne ausgelegt (siehe Teil 2, B.I.1.a), da alle anderen Grundfreiheiten ausdrücklich in Art. 14 Abs. 2 EG genannt sind. Andere fassen unter den „freien Personenverkehr“ neben der Niederlassungsfreiheit und der Freizügigkeit der Arbeitnehmer auch die Dienstleistungsfreiheit. So beispielsweise: *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 656.

⁶⁸² *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 14, Rdnr. 38 ff.

⁶⁸³ Siehe Teil 1.

⁶⁸⁴ Siehe Teil 1, C.II.2.a.aa.(2).

⁶⁸⁵ So auch: *Everling*, Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Steindorff, 1155 (1167). Anders: *Winkler*, in: Bergmann/Lenz (Hrsg.), Der Amsterdamer Vertrag, Kapitel 2, Rdnr. 23.

⁶⁸⁶ So auch: *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2 (3); *Remien*, CMLR 2001, 53 (74); *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 108; *Bergmann*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU/EG-Vertrag Kommentar, Art. 65, Rdnr. 4. Anders: *Wiedmann*, in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 65 EG, Rdnr. 9, der, ohne dies näher zu begründen, hierin eine beträchtliche Einschränkung sieht. *Tebbens*, Ein Ziviljustizraum in der Europäischen Union - auf Kosten einer Aushöhlung der internationalen Zusammenarbeit?, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 171 (175), will dies nur auf natürliche Personen beziehen, juristische aber aus dem Anwendungsbereich ausschließen.

⁶⁸⁷ *Wiedmann*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 61, Rdnr. 32.

b. Schrittweiser Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Art. 61 EG stellt sämtliche Maßnahmen des Art. 65 EG unter das Ziel des schrittweisen Aufbaus eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Wie ausgeführt, ergibt sich aus der „Freiheit“ ein Indiz für eine weite Auslegung des „freien Personenverkehrs“, die Weiterentwicklung des IPR ist jedoch vor allem unter der Prämisse des Aufbaus eines Rechtsraumes zu sehen. Dies resultiert aus der erarbeiteten Definition⁶⁸⁸, denn die Weiterentwicklung des IPR ist jedenfalls gleichbedeutend mit der Harmonisierung der mitgliedstaatlichen IPR, also der Schaffung eines gemeinsamen Rechts. Folge einer solchen Harmonisierung oder Vereinheitlichung ist ein effektiverer Rechtsschutz für den Bürger durch einen erleichterten Zugang zum Recht einerseits und die Vermeidung von Kompetenzkonflikten und damit hinkenden Rechtsverhältnissen andererseits. Gleichfalls soll durch die Annäherung der Rechtsnormen ein Beitrag zur Herausbildung einer europäischen Identität und damit zur Realisierung des allgemeinen Zieles der Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts geleistet werden⁶⁸⁹. Die Ergebnisse der Tagung des Europäischen Rates in Tampere⁶⁹⁰, der sich als Sondergipfel erstmals explizit mit der Innen- und Justizpolitik befasste, stützen diese Einordnung. Die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen und eine größere Konvergenz im Bereich des Zivilrechts bilden nach den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates Grundlagen eines „echten europäischen Rechtsraumes“⁶⁹¹.

c. Ergebnis

Aus der Einbettung in den Titel IV des EG und in den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ ergeben sich keine Restriktionen bezüglich des Regelungsgegenstandes des Art. 65 EG. Eine weite Auslegung erlaubt und die Zielsetzung erfordert vielmehr eine vollständige Harmonisierung des internationalen Privatrechts.

⁶⁸⁸ Teil 1, C.II.2.a.cc.(4).

⁶⁸⁹ Müller-Graff/Kainer, DRiZ 2000, 350 (351).

⁶⁹⁰ Ratsdokument SN 2000/99. Dazu: Jayme/Kohler, IPRax 2000, 454 (465).

⁶⁹¹ Ratsdokument SN 2000/99, Rdnr. 28 ff.

2. Wortlaut des Art. 65 EG

a. Tatbestandsmerkmal „Erforderlichkeit für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes“

Die Vergemeinschaftung des IPR müsste für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sein.

aa. Binnenmarktfunktionalität

Der Binnenmarktbezug ist weit auszulegen⁶⁹². Er ergibt sich grundsätzlich aus dem Verhältnis zu den Grundfreiheiten. Der Bezug der einzelnen privatrechtlichen Materien zum gegenständlichen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und zum Wettbewerbsrecht wurde schon im zweiten Teil dargestellt⁶⁹³, ebenso die Behinderung der Entwicklung und des Funktionierens des Binnenmarktes durch unterschiedliche IPR⁶⁹⁴. Eine Vergemeinschaftung der IPR-Regeln ist notwendig, weil trotz des Bezuges zu den Grundfreiheiten eine unmittelbare Anwendung derselben als Kollisionsnormen nicht in Betracht kommt⁶⁹⁵. Sind Einfuhrbeschränkungen nach der Keck- oder Cassis de Dijon-Formel oder aufgrund von Art. 30 EG gerechtfertigt, muss, um eine Einheitlichkeit herbeizuführen, eine Rechtsangleichung stattfinden (negative Rechtsangleichung)⁶⁹⁶. Dies entspricht auch der ratio der Einschränkung des Anwendungsbereiches der Grundfreiheiten durch den EuGH. Daneben können auch solche Gebiete umfasst sein, die den Binnenmarkt nur peripher beeinträchtigen (positive Rechtsangleichung).

Zu beachten ist, dass Art. 65 EG weitergehende Voraussetzungen als Art. 95 EG hat, indem die Vorschrift verlangt, dass der Binnenmarkt „reibungslos“ funktionieren muss. Es müssen nicht nur ernsthafte Hindernisse, sondern alle Hemmnisse beseitigt werden⁶⁹⁷. Ein Spürbarkeitsvorbehalt besteht nicht, sondern

⁶⁹² *Winkler*, in: Bergmann/Lenz (Hrsg.), Der Amsterdamer Vertrag, Kapitel 2, Rdnr. 23; *Röben*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Amsterdamer Fassung), Art. 65, Rdnr. 2. *Wiedmann*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 65 EG, Rdnr. 10, sieht zwar den „freien Personenverkehr“ als erhebliche Einschränkung, nicht aber den Binnenmarktbezug. *Kohler*, FamRZ 2002, 709 (712), fordert demgegenüber eine spürbare Beeinträchtigung, welche insbesondere für weite Teile des Familien- und Erbrechts nicht gegeben sei.

⁶⁹³ Teil 2, B.I.1.b.

⁶⁹⁴ Teil 2, B.I. 2.

⁶⁹⁵ Teil 2, B.I.2.d.

⁶⁹⁶ *Höpping*, Warenverkehrsfreiheit und IPR, 84; *Steindorff*, Grenzen der EG-Kompetenzen, 87.

⁶⁹⁷ *Schelo*, Rechtsangleichung im Europäischen Zivilprozessrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz, 50 f. Anders: *Tebbens*, Ein Ziviljustizraum in der Europäischen Union - auf Kosten einer Aushöhlung der internationalen Zusammenarbeit?, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 171 (176), der eine Übersetzung als „ordnungsgemäß“ als angemessener ansieht und deshalb keine Abweichung von Art. 95 EG annimmt,

es genügt im Gegenteil, wenn die Gefährdung des Binnenmarktes nur droht⁶⁹⁸. Dies erhärtet die Möglichkeit der positiven Rechtsangleichung. Ansatzpunkte ergeben sich hieraus aber auch für die Regelungstiefe. Es muss ein erhöhter Grad des Funktionierens des Binnenmarktes sichergestellt werden, also eine Annäherung an den Optimalzustand erfolgen⁶⁹⁹.

Bezüglich des Binnenmarktbeschlusses stellen sich jedoch zwei Probleme: Zum einen könnte sich aus der Binnenmarktfunktionalität eine Beschränkung der Regelung wirtschaftlicher Sachverhalte ergeben, zum anderen ist der territoriale Anwendungsbereich zu klären. Hier stellt sich die Frage, ob sich die Maßnahmen der Gemeinschaft nur auf innergemeinschaftliche Konstellationen beziehen dürfen.

(1) Beschränkung auf wirtschaftliche Materien

Als Grund für die ausdrückliche Forderung des Binnenmarktbezuges wird angegeben, dass gegenüber den kritisch eingestellten Mitgliedstaaten nicht schlüssig nachgewiesen werden konnte, dass wirklich alle Bereiche der justitiellen Zusammenarbeit vergemeinschaftet werden sollten⁷⁰⁰.

Somit muss, auch wenn das Primärrecht nicht mehr allein auf eine Wirtschaftsverfassung reduziert werden kann und die Politiken auch im Rahmen der politischen Union⁷⁰¹ im Sinne des Aufbaus eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts betrachtet werden müssen, hier doch ein gewisser wirtschaftlicher Zusammenhang bestehen⁷⁰². Der Binnenmarktbeschluss ist aber, wie bereits angeführt⁷⁰³, in diesem Zusammenhang sehr weit auszulegen⁷⁰⁴. Es ist deshalb zum einen zu beachten, dass die Wirtschaftsbezogenheit von Handlungen sich nicht nur im Rahmen des gewerblichen Handels ergibt, sondern auch

⁶⁹⁸ *Leible/Staudinger*, ELF 2000/01, 225 (229); *Leible*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 65, Rdnr. 23.

⁶⁹⁹ *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 96.

⁷⁰⁰ *Thun-Hohenstein*, Der Vertrag von Amsterdam, 37.

⁷⁰¹ So auch: *Müller-Graff*, EuR 1989, 107 (126).

⁷⁰² *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 373 (429). Die Notwendigkeit der Beziehung einer Frage zur Wirtschaft stellt *Steindorff*, Grenzen der EG-Kompetenzen, 33, für alle Gemeinschaftskompetenzen fest. Auch die Anhaltspunkte, die die Bundesregierung in ihrer Denkschrift gibt, können keine andere Deutung zulassen. Hiernach darf der Binnenmarkt nicht eng wirtschaftlich ausgelegt werden, sondern umfassend im Sinne des Art. 14 EG, Denkschrift der Bundesregierung zum Amsterdamer Vertrag, BR-Drs. 784/97, 139 (152). Es ist jedoch anerkannt, dass Art. 14 EG eine gewisse Wirtschaftsbezogenheit fordert, so dass diese Aussage nur als „Zirkelschluss“ gewertet werden kann.

⁷⁰³ Teil 2, B. I.

⁷⁰⁴ *Leible/Engel*, EuZW 2004, 7 (7 f.), fordern in diesem Zusammenhang keinen strikten Binnenmarktbezug, sondern lassen es genügen, wenn sich die Maßnahmen positiv auf den Binnenmarkt auswirken. Sie kommen damit zum gleichen Ergebnis.

Privatpersonen betreffen kann⁷⁰⁵. Denn nicht nur Unternehmer, sondern auch Privatpersonen sind Marktteilnehmer⁷⁰⁶. Dies machte der EuGH unter anderem in der Schul-Entscheidung⁷⁰⁷ deutlich. Er stellte hier fest, dass der Austausch und Handel mit Gebrauchtwagen zwischen Privatpersonen einen nicht unwichtigen Teil der Wirtschaft ausmache. Zum anderen müssen auch Normen und Maßnahmen erfasst werden, die an sich nicht unmittelbar die Regulierung wirtschaftlicher Sachverhalte bezwecken, insofern sie konkret die Ausübung der Wirtschaftsfreiheiten behindern (periphere Regelungen)⁷⁰⁸.

Die Möglichkeit der Wirtschaftsbezogenheit der Materien des Privatrechts in diesem weiten Sinne wurde schon aufgezeigt⁷⁰⁹. Es besteht jedoch kein Zweifel, dass ein solcher Bezug nicht in jedem konkreten privatrechtlichen grenzüberschreitenden Anwendungsfall vorliegt. Konsequenz einer strikten, praktisch aber gerade wegen der Unbestimmtheit des Begriffs der Wirtschaftsbezogenheit nicht möglichen Unterscheidung wäre das Entstehen eines Wirtschaftskollisionsrechts und die Beibehaltung der nationalen Kollisionsrechte für nichtwirtschaftsbezogene Sachverhalte.

Dieser Konflikt ist dadurch zu lösen, dass auf die Materie, nicht auf den konkreten Lebenssachverhalt abgestellt wird. Die abstrakte Möglichkeit eines Bezugs des Statuts, bzw. des internationalen Prozessrechts zum Wirtschaftsleben muss also genügen. Diese Beziehung wurde bereits aufgezeigt⁷¹⁰.

Dafür spricht, dass auch vor dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages, im Rahmen der Regelungen der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen im EU-Vertrag ein Binnenmarktbezug nicht verlangt worden war. Nach der Vergemeinschaftung findet sich im EU-Vertrag keine Regelung bezüglich der Zusammenarbeit in Zivilsachen mehr. Sollte nun aber eine konsequente Einschränkung auf wirtschaftsbezogene Sachverhalte angenommen werden, würde die Vergemeinschaftung für alle übrig gebliebenen Materien einen Rückschritt und keine Förderung der Integration bedeuten, denn die Mitgliedstaaten können nicht mehr unter Nutzung der Vorteile des Unionsrechts⁷¹¹ tätig werden. Auch wenn der Binnenmarkt also eine gewisse

⁷⁰⁵ So auch explizit ausgeführt in: RL 97/7/EG, ABLEG 1997, Nr. L 144, 19, Erwägungsgrund 2.

⁷⁰⁶ *Blaurock*, Wege zur Rechtseinheit im Zivilrecht Europas, in: Starck (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze - Bedingungen, Ziele, Methoden, 90 (92).

⁷⁰⁷ EuGH, Rs. 15/81, Urt. v. 5.5.1982 - Gaston Schul - Slg. 1982, 1409 (1431 f., Rdnr. 33).

⁷⁰⁸ *Steindorff*, Grenzen der EG-Kompetenzen, 37. Er gibt als Beispiel die soziale Sicherheit für die Arbeitnehmerfreizügigkeit an.

⁷⁰⁹ Teil 2, B.I.1.b.

⁷¹⁰ Teil 2, B.I.1.b.

⁷¹¹ Teil 1, A.III.

Wirtschaftsbezogenheit erfordert, so stellt dies doch keine Einschränkung für das Tätigwerden der Gemeinschaft im Bereich des IPR dar, da für jedes Statut und auch für das IZVR eine solche abstrakt vorliegt.

(2) Beschränkung auf innergemeinschaftliche Sachverhalte

Problematisch erscheint weiterhin, ob auch die Regelung des anwendbaren Rechts, der Zuständigkeit, der Anerkennung und der Vollstreckung bei Sachverhalten mit Drittstaaten das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes garantiert, oder ob vielmehr nur intragemeinschaftliche Sachverhalte geregelt werden dürfen⁷¹². Grundsätzlich regelt der Binnenmarkt nur Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten, also innerhalb der Gemeinschaft⁷¹³. Die Anwendung gleicher Sachrechte und des gleichen internationalen Zivilverfahrensrechts auch auf ein und denselben Sachverhalt mit Bezug zu Drittstaaten durch die Gerichte der Mitgliedstaaten dürfte unter dieser Prämisse keine Binnenmarktrelevanz haben⁷¹⁴, so dass nur die Möglichkeit der Regelung des IPR innerhalb der Gemeinschaft von Art. 65 EG umfasst wäre. Folge einer solchen Betrachtung wäre jedoch das Entstehen und die Geltung von zwei IPR in jedem Mitgliedstaat, zum einen das IPR, das in Bezug auf Drittstaaten gilt und zum anderen dasjenige, welches innerhalb der Gemeinschaft anzuwenden ist. Diese Prämisse ist aber bei einer genauen Betrachtung im internationalen Privatrecht nicht zwingend. Vielmehr kann die Binnenmarktrelevanz auch von Drittstaatsverhalten bewiesen werden. Im Rahmen der Erörterung dieses Problems ist zwischen autonomen Gemeinschaftsrechtsakten, die die Beziehung zu Drittstaaten regeln, und völkerrechtlichem Handeln der Gemeinschaft zu unterscheiden.

(a) Autonome Gemeinschaftsrechtsakte mit Außenbezug

Vor einer Erörterung des konkreten Binnenmarktbezuges sollen zunächst die schon bestehenden Übereinkommen - EuGVÜ und EVÜ - betrachtet werden. Aus ihren Regelungen kann keine Auslegung des Art. 65 EG hergeleitet werden, da beide Übereinkommen auf anderen Grundlagen beruhen und auch keine Gemeinschaftsrechtsakte sind. Jedoch könnte sich hieraus ein Indiz ergeben, wenn man davon ausgeht, dass die Mitgliedstaaten durch die Vergemeinschaftung

⁷¹² So etwa: *Jayme*, Europa: Auf dem Weg zu einem interlokalen Kollisionsrecht?, in: Mansel (Hrsg.), Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts, 31 (35). In anderem Zusammenhang: *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 373 (444).

⁷¹³ *Bleckmann*, EuR 1977, 109 (113).

⁷¹⁴ So: *Remien*, CMLR 2001, 53 (76). Anders: *Dausies*, EuZW 1990, 8 (11); *Basedow*, CMLR 2000, 687 (703); *Leible/Staudinger*, ELF 2000/01, 225 (230).

nicht den Handlungsspielraum für eine Rechtsvereinheitlichung verringern wollten⁷¹⁵.

(aa) Regelungen im EVÜ und EuGVÜ

Das EVÜ enthält allseitige Kollisionsnormen, ist damit also auch auf Sachverhalte anwendbar, die Verknüpfungen zu Drittstaaten haben⁷¹⁶. Jedoch ist dieses Übereinkommen gerade für die Schlussfolgerungen hinsichtlich der Anwendung von Drittstaatenrecht wenig hilfreich, da es mit der Begründung, dass Drittstaaten die Beitrittsmöglichkeit erhalten bleiben soll⁷¹⁷, nicht auf Art. 293 EG gestützt wurde. Auch der zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestehende Art. K.3 EUV war nicht Grundlage des EVÜ.

Aber auch das EuGVÜ, das ausdrücklich auf Art. 220 EGV (jetzt Art. 293 EG) beruht und das nur Mitgliedstaaten unterzeichnet haben, beschränkt sich nicht auf die Regelung innergemeinschaftlicher Sachverhalte. Es genügt ein sehr loser Bezug zum Gemeinschaftsgebiet, indem lediglich gefordert wird, dass sich der Beklagtenwohnsitz in der Gemeinschaft befindet⁷¹⁸. Unerheblich ist damit, wo der Klägerwohnsitz oder andere zuständigkeitsbegründende Merkmale belegen sind. Auch die Einschlägigkeit des Art. 17 EuGVÜ für Gerichtsstandsvereinbarungen bedarf nur des Wohnsitzes einer Vertragspartei in einem Vertragsstaat unabhängig vom Wohnsitz der anderen Vertragspartei. Dagegen werden jedoch nur Entscheidungen aus anderen Vertragsstaaten anerkannt⁷¹⁹. Die Übereinkommen sind damit grundsätzlich für die Einbeziehung von Drittstaatsachverhalten offen. Es ist davon auszugehen, dass Art. 65 EG diese Möglichkeit nicht beschränken wollte. Dies kann aber auch positiv durch den Nachweis des Binnenmarktbezuges von Drittstaatsachverhalten festgestellt werden.

⁷¹⁵ So in anderem Zusammenhang: *Israël*, MJ 2000, 81 (88).

⁷¹⁶ *Kohler*, Die Formung europäischen Kollisionsrechts durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: Reichelt (Hrsg.), Europäisches Kollisionsrecht, 15 (16); *Jayme*, Europäisches Kollisionsrecht: Grundlagen - Grundfragen, in: Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union, 1 (13).

⁷¹⁷ *Schwartz/Mölls*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag Bd. 4, Art. 293, Rdnr. 71.

⁷¹⁸ EuGH, Rs. C-412/98, Urt. v. 13.7.2000 - Group Josi - Slg. 2000, I-5925 (5957, Rdnr. 57); *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Einleitung, Rdnr. 122 m.w.N. A.A.: *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rdnr. 241.

⁷¹⁹ *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Einleitung, Rdnr. 127.

(bb) Binnenmarktbezug auch bei Drittstaatensachverhalten

Die Gemeinschaft hat unproblematisch dann die Möglichkeit, Rechtsakte mit Außenwirkung zu erlassen, wenn diese einen Binnenmarktbezug haben. Es sind verschiedene Konstellationen denkbar.

((1)) Einseitige Schutznormen

Die gemeinsam erreichten Schutzstandards, also harmonisiertes Sachrecht, müssen bei engem Bezug zum Gemeinschaftsgebiet auch dann durchgesetzt werden können, wenn das Recht eines Drittstaates gewählt wurde. Dies wird durch einseitige Kollisionsnormen realisiert⁷²⁰. Beispiele finden sich bereits in den Verbraucherschutzrichtlinien. Es handelt sich bei diesen speziellen Richtlinienregelungen um einseitige Abwehnormen gegen das Recht der Drittstaaten, mit Hilfe derer Eingriffe in innergemeinschaftliche Wirtschaftsabläufe durch Drittstaaten vermieden werden sollen⁷²¹. So wurde in Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen⁷²² statuiert, dass „die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit der Verbraucher den durch diese Richtlinie gewährten Schutz nicht verliert, wenn das Recht eines Drittlandes als das auf den Vertrag anzuwendende Recht gewählt wurde und der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet der Mitgliedstaaten aufweist“. Der Begriff des „engen Zusammenhanges“ ist sehr unbestimmt und wird nur in Art. 9 der Timesharing-Richtlinie durch die Notwendigkeit der Belegenheit der Immobilie im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates präzisiert⁷²³. Aus dem zugrunde liegenden Schutzgedanken resultiert eine weite Auslegung. Der enge Zusammenhang besteht damit unproblematisch bei reinen Binnenmarktsachverhalten, aber auch dann, wenn nur ein geringer Bezug zu einem Mitgliedsstaat besteht⁷²⁴.

⁷²⁰ *Leible/Staudinger*, ELF 2000/01, 225 (230).

⁷²¹ *Jayme*, Europäisches Kollisionsrecht: Grundlagen - Grundfragen, in: Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union, 1 (6); *ders.*, Europäisches Kollisionsrecht: Neue Aufgaben, neue Techniken, in: Hommelhoff u.a. (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt - IPR und Rechtsvergleichung, 35 (38).

⁷²² ABl.EG 1993, Nr. L 95, 29 (31). Ähnliche Regelungen finden sich in Art. 9 Timesharingrichtlinie (ABl.EG 1994 Nr. L 280, 83 ff.), in Art. 12 Abs. 2 Fernabsatzrichtlinie (ABl.EG 1997 Nr. L 144, 19 ff.), in Art. 7 Abs. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (ABl.EG 1995 Nr. L 171, 12 ff.), in Art. 12 Abs. 2 Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (ABl.EG 2002 Nr. L 271, 16 ff.).

⁷²³ Eine Präzisierung fand sich auch in Art. 11 Abs. 3 des Vorschlages für eine Richtlinie zur Regelung des Fernabsatzes von Finanzdienstleistungen. Hier wurde auf den Wohnsitz des Verbrauchers in einem Mitgliedstaat abgestellt (ABl.EG 1998, Nr. C 385, 10 [15]). Dieser Vorschlag wurde aber nicht in die Richtlinienregelung (Art. 12 Abs. 2) übernommen (ABl.EG 2002 Nr. L 271, 16 [23]).

⁷²⁴ *Leible*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 353 (370).

Die Rechtmäßigkeit und Notwendigkeit einer solchen einseitigen Schutznorm bestätigte der EuGH in der Entscheidung *Ingmar GB Ltd*⁷²⁵. In der Handelsvertreterrichtlinie befindet sich keine Präzisierung des Anwendungsbereiches durch eine solche einseitige Kollisionsnorm, mit der Folge, dass der Schutzzweck nicht immer erfüllt werden konnte⁷²⁶. Der EuGH entschied nun über die Anwendung von Art. 17 und 18 der Richtlinie (Ausgleichs- oder Schadensersatzanspruch), wenn der Handelsvertreter in einem Mitgliedstaat ansässig und auch tätig ist, die Niederlassung des Hauptunternehmers sich jedoch in einem Drittland befindet und dieses Drittstaatenrecht als auf den Vertrag anwendbares Recht gewählt wurde. Er bejahte auch für diesen Fall die Anwendung der Normen mit folgender Begründung: „Daher ist es für die gemeinschaftliche Rechtsordnung von grundlegender Bedeutung, daß ein Unternehmer mit Sitz in einem Drittland, dessen Handelsvertreter seine Tätigkeit innerhalb der Gemeinschaft ausübt, diese Bestimmungen nicht schlicht durch eine Rechtswahlklausel umgehen kann. Der Zweck dieser Bestimmungen erfordert nämlich, daß sie unabhängig davon, welchem Recht der Vertrag nach dem Willen der Parteien unterliegen soll, anwendbar sind, wenn der Sachverhalt einen starken Gemeinschaftsbezug aufweist, etwa weil der Handelsvertreter seine Tätigkeit im Gebiet eines Mitgliedstaates ausübt“.⁷²⁷ Die Regelung des internationalen Anwendungsbereichs wurde damit als essentiell erachtet, da ohne sie das Ziel der Schaffung einheitlicher Marktbedingungen nicht erreichbar ist⁷²⁸. Drittstaatsverhältnisse sind also bei Bestehen einheitlichen Sachrechts binnenmarktrelevant.

((2)) Allseitige Kollisionsnormen und internationales Zivilverfahrensrecht

Über diese spezielle Möglichkeit hinaus müssen auch einheitliche allseitige Kollisionsnormen, die auch Drittstaatenrecht zur Anwendung berufen, und auf alle Sachverhalte anwendbares internationales Zivilverfahrensrecht erlassen werden können. Allseitige Kollisionsnormen legen traditionell insbesondere den Anwendungsbereich von Einheitssachrecht fest und betrachten den Anwendungsbereich des Rechts der Vertrags- und Nichtvertragsstaaten nach denselben Regeln⁷²⁹. Beispiele dafür sind auf europäischer Ebene die

⁷²⁵ EuGH, Rs. C-381/98, Urt. v. 9.11.2000 - *Ingmar GB Ltd*. - Slg. 2000, I-9305.

⁷²⁶ *Basedow*, NJW 1996, 1921 (1925).

⁷²⁷ EuGH, Rs. C-381/98, Urt. v. 9.11.2000 - *Ingmar GB Ltd*. - Slg. 2000, I-9305 (9335; Rdnr. 25).

⁷²⁸ *Leible*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 353 (371).

⁷²⁹ Gegen eine solche Anwendung: *Drobnig*, Anwendungsnormen in Übereinkommen zur Vereinheitlichung des Privatrechts, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), *Mélanges von Overbeck*, 15 (22).

Versicherungsrichtlinien, die auf den Schadensschwerpunkt abstellen⁷³⁰. Im Völkerrecht wird die Anwendung solcher Normen teilweise kritisiert, da vereinheitlichtes Recht, das zumeist speziell auf grenzüberschreitende Fälle zugeschnitten ist und in dessen Vorarbeiten gründliche Rechtsvereinheitlichung betrieben wurde, einen größeren Anwendungsbereich beanspruchen sollte⁷³¹ als unvereinheitlichtes nationales Recht von Nichtvertragsstaaten. Diese Kritik greift im gemeinschaftlichen Rahmen nicht, denn durch gemeinschaftsrechtliche Kollisionsnormen wird primär nationales Recht berufen. Soll im Ausnahmefall harmonisiertes Sach- und Prozessrecht als anwendbares Recht bestimmt werden, ist auch dieses durch den Binnenmarktbezug eingeschränkt.

Der für allseitige Kollisionsnormen und ein einheitliches internationales Prozessrecht erforderliche Binnenmarktbezug ist in verschiedenen Konstellationen denkbar. Zum einen ist dies bei Sachverhalten der Fall, die drei Staaten berühren - zwei Mitgliedstaaten und einen Drittstaat. Der intragemeinschaftliche Sachverhalt und die Sachverhalte mit Beziehung zu Drittstaaten sind in einem solchen Fall nicht trennbar⁷³². Unterschiedliche mitgliedstaatliche IPR-Normen in Bezug auf die Drittstaaten können Wettbewerbshindernisse begründen⁷³³ oder die Grundfreiheiten berühren. Dies gilt sowohl für das materielle Recht als auch für das Verfahrensrecht. Wird etwa in einem Drittstaat eine Ehe geschlossen, die in einem Mitgliedstaat nach dessen Recht als gültig betrachtet wird, könnte die Arbeitnehmerfreizügigkeit beeinträchtigt sein, wenn ein anderer Mitgliedstaat die Ehe nicht als wirksam ansieht und dem Ehegatten so die Rechte der VO 1612/68 verweigert. Ähnlich ist die Situation in Bezug auf die Anerkennung von Urteilen⁷³⁴. Es ist denkbar, dass, wenn die Anerkennung in den einzelnen Mitgliedstaaten von unterschiedlichen Voraussetzungen abhängt, in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Anerkennungsurteile gesprochen werden und so, je nachdem welche grundfreiheitenspezifische Komponente betroffen ist, die Grundfreiheiten beschränkt sind.

⁷³⁰ Art. 7 der zweiten Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) (ABl. EG 1988 Nr. L 172, 1 ff.); Art. 4 der zweiten Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) (ABl. EG 1990 Nr. L 330, 50 ff.).

⁷³¹ *Drobnig*, Anwendungsnormen in Übereinkommen zur Vereinheitlichung des Privatrechts, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), *Mélanges von Overbeck*, 15 (22).

⁷³² *Basedow*, CMLR 2000, 687 (704); *Leible/Staudinger*, ELF 2000/01, 225 (230).

⁷³³ *Leible/Staudinger*, ELF 2000/01, 225 (235); *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2 (3).

⁷³⁴ *Basedow*, CMLR 2000, 687 (705); *ders.*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, in: Baur/Mansel (Hrsg.), *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht*, 19 (43); *Kotuby*, NILR 2001, 1 (16).

Angeführt werden kann auch die Konstellation, in der sich ein Unternehmer mit Hauptabsatzmarkt in einem Drittstaat mit hohen Haftungssummen, in der Gemeinschaft den Sitz dort sucht, wo das IPR nicht auf das Recht dieses Drittstaates, sondern das eigene mildere verweist⁷³⁵. Gegen diese Konstellationen wird vorgebracht, dass eine rein faktische Ausweitung, also eine Bedeutung für andere Mitgliedstaaten, auch bei vielen rein internen Sachverhalten konstruiert werden kann und in einem solch weiten Verständnis zumindest das Merkmal der grenzüberschreitenden Beziehung überflüssig wäre⁷³⁶. Die Überflüssigkeit dieses Merkmales für das IPR resultiert aber schon aus dessen Regelungsgehalt. Es ist vielmehr für andere Gebiete (beispielsweise Verfahrensrecht, Beweisrecht, Prozesskostenhilfe) gedacht, so dass sich aus diesem Argument keine gegenteilige Ansicht ergibt. Ähnlich gestaltet sich die Lage, wenn ein ausländischer Unternehmer einen Auftrag vergeben will und zwei Bewerber aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten kommen, von denen ein Kollisionsrecht auf das des Drittstaates verweist, das andere eigenes Recht zur Anwendung beruft. Da der Drittstaatenunternehmer wahrscheinlich an der Anwendung des eigenen Rechts interessiert sein wird, wird er den Vertrag mit dem Bewerber aus dem Mitgliedstaat schließen, dessen IPR-Regelung auf sein Recht verweist. Der Bewerber aus dem anderen Mitgliedstaat befindet sich damit im Wettbewerbsnachteil.

In diesen beispielhaft aufgeführten Fällen sind also aufgrund des Binnenmarktbezuges auch allseitige Kollisionsnormen bzw. die Anerkennung von drittstaatlichen Urteilen denkbar. Die Gemeinschaft wird nicht daran gehindert, den Mitgliedstaaten ein bestimmtes Verhalten in ihren Außenbeziehungen vorzuschreiben⁷³⁷. Hierfür darf die Gemeinschaft in die von ihr erlassenen Rechtsakte auch Klauseln über die Behandlung von Angehörigen von Drittstaaten aufnehmen. Auch wenn eine solche Konstellation, also ein konkreter Binnenmarktbezug nicht für jeden Einzelfall vordergründig vorliegt, müssen die gemeinschaftlichen Regelungen generell anwendbar sein. Wie schon festgestellt, genügt für die Störung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes bereits die Gefahr, dass dieser beeinträchtigt wird. Eine solche Gefahr ist immer gegeben, da nicht für die Zukunft vorhergesehen werden kann, ob Drittstaatenbeziehungen vorliegen werden⁷³⁸. Folglich muss die Gemeinschaft

⁷³⁵ Leible/Staudinger, ELF 2000/01, 225 (235).

⁷³⁶ Remien, CMLR 2001, 53 (75).

⁷³⁷ EuGH, Gutachten 1/94, Gutachten v. 15.11.1994 - WTO-Gutachten - Slg. 1994, I-5267 (5411, Rdnr. 75).

⁷³⁸ Leible/Engel, EuZW 2004, 7 (9), stellen fest: „Es ist überhaupt kein Sachverhalt denkbar, der für den Binnenmarkt nicht zumindest potenziell von Relevanz ist.“ Auch die Kommission rechtfertigt die Auslegung der Kollisionsnormen im Vorschlag für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse

auch für die Regelung von Drittstaatsverhältnissen zuständig sein⁷³⁹. Wie im letzten geschilderten Fall ersichtlich, ist im Vorfeld schlecht erkennbar, ob Auswirkungen auf einen Drittstaat denkbar sind, ob also beispielsweise ein Bewerber aus einem anderen Mitgliedstaat kommt. Würde man hier zwei IPR zulassen, wäre das Gebot der Rechtssicherheit nicht gewahrt und der Zweck der Vergemeinschaftung nicht erfüllt. Das gilt sowohl für das Kollisionsrecht als auch für das internationale Zivilverfahrensrecht, in dem eine einheitliche Regelung der Zuständigkeit eine Grundvoraussetzung für die Anerkennung und Vollstreckung bildet. Eine andere Lösung wäre praktisch nicht durchsetzbar.

((3)) Ergebnis

Einseitige Schutzmaßnahmen sind zweifellos möglich, aber auch allseitige Kollisionsnormen können erlassen werden, da bei einer unterschiedlichen Behandlung von Drittstaatsverhältnissen immer die Gefahr besteht, dass dadurch der Binnenmarkt nicht reibungslos funktioniert. Gleiches gilt für das internationale Verfahrensrecht.

(b) Abschluss völkerrechtlicher Verträge und Auftreten auf internationalen Konferenzen

Neben dem Erlass von autonomen Kollisionsnormen mit Drittstaatenbezug könnte die Gemeinschaft auf Grundlage von Art. 65 EG auch für den Abschluss völkerrechtlicher Vereinbarungen zuständig sein. Voraussetzung ist, dass keine ausdrückliche abschließende andere Ermächtigung vorliegt und Art. 65 EG eine solche Kompetenz beinhaltet.

(aa) Ausdrückliche Kompetenzen

Als vorrangige ausdrückliche Kompetenz⁷⁴⁰ für die Regelung der Beziehung zu Drittstaaten kommt Art. 133 EG in Betracht. Im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik kann die Gemeinschaft nicht nur eine autonome Politik betreiben, sondern auch Verträge mit Drittstaaten schließen und auf internationalen Konferenzen auftreten⁷⁴¹. Handelspolitische Maßnahmen in diesem Sinne sind

anzuwendende Recht als allseitig damit, dass ein Rechtsstreit aufgrund der Wirtschaftsverflechtungen potenziell stets einen innergemeinschaftlichen Bezug habe (KOM [2003] 427 endg. 11).

⁷³⁹ Ebenso: *Leible/Staudinger*, ELF 2000/01, 225 (230); *Basedow*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 19; *Wagner*, *RabelsZ* 2004, 119 (139 ff.). Anders: *Kotuby*, NILR 2001, 1 (15), der nur Kollisionsnormen für intragemeinschaftliche Sachverhalte und Schutznormen annimmt.

⁷⁴⁰ *Müller-Huschke*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 133 EG, Rdnr. 9.

⁷⁴¹ *Müller-Huschke*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 133 EG, Rdnr. 1; *Hahn*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EG-Vertrag und EU-Vertrag, Art. 133 EG, Rdnr. 47.

alle Maßnahmen, die den Handelsverkehr mit Drittstaaten offen und spezifisch regeln, sowie zusätzlich solche Maßnahmen, deren Hauptzweck in der Beeinflussung der Handelsströme oder des Handelsvolumens liegt⁷⁴². Die Aufzählung in Art. 133 Abs. 1 EG ist nicht abschließend⁷⁴³. Diese Vorschrift bezieht sich vielmehr neben den Regelungen des Warenverkehrs auch auf den damit verbundenen Zahlungsverkehr⁷⁴⁴ und seit dem Amsterdamer Vertrag⁷⁴⁵ auf grenzüberschreitende Dienstleistungen⁷⁴⁶ sowie Verträge über das geistige Eigentum (Art. 133 Abs. 5 EG).

Art. 133 EG könnte beispielsweise die Kompetenz zum Abschluss international-privatrechtlicher völkerrechtlicher Übereinkommen auf dem Gebiet des die Warenverkehrsfreiheit berührenden Vertragsrechts und des Sachenrechts umfassen. Hauptzweck von IPR-Regelungen ist aber nicht die Beeinflussung von Handelsströmen. Es wird zwar im weitesten Sinne der Handelsverkehr geregelt, aber nicht in einer „offenen und spezifischen“ Art und Weise. IPR-Regelungen sind nicht vom Regelungszweck des Art. 133 EG umfasst. Hinweise auf diesen ergeben sich aus den in Abs. 1 gegebenen Beispielen (Änderung von Zollsätzen, Abschluss von Zoll- und Handelsübereinkommen). IPR-Regelungen sind mit diesen nicht vergleichbar. Das anzuwendende Privatrecht ist eher als eine „versteckte“ Regelung zu verstehen.

(bb) Implizite Vertragsschlusskompetenz

Eine Vertragsschlusskompetenz ergibt sich aber aus dem Grundsatz der Parallelität von Innen- und Außenkompetenz und damit aus Art. 65 EG. Dieser Grundsatz ist ein Anwendungsfall der „implied powers“-Regel und eine Ausprägung des „effet utile“-Grundsatzes⁷⁴⁷. Nicht nur wenn der Gemeinschaft ausdrücklich Kompetenzen zum Handeln nach außen zugewiesen sind, kann sie auf diesen Gebieten tätig werden, sondern auch, wenn sie die Innenkompetenz in der Materie besitzt. Grund ist die mögliche Gefährdung der Einheit der Rechtsordnung, wenn Regelungsbefugnis nach innen und

⁷⁴² Hahn, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EG-Vertrag und EU-Vertrag, Art. 133 EG, Rdnr. 46; Vedder, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Amsterdamer Fassung), Art. 133, Rdnr. 48. Dazu auch: Karpenstein, Doppelte Rechtsgrundlagen im Gemeinschaftsrecht - ein spät ausgetragener Streit, in: Ress (Hrsg.), Rechtsprobleme der Rechtsangleichung, 55 (72 f.).

⁷⁴³ Vedder, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Amsterdamer Fassung), Art. 133, Rdnr. 49.

⁷⁴⁴ Müller-Huschke, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 133 EG, Rdnr. 5. Anders: Bleckmann, EuR 1977, 109 (116), der nur den Warenverkehr und eingeschränkt auch den Zahlungsverkehr als umfasst ansieht.

⁷⁴⁵ Für eine „dauerhafte“ Ausdehnung des Anwendungsbereiches: Vedder, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Amsterdamer Fassung), Art. 133, Rdnr. 56.

⁷⁴⁶ Früher nur Korrespondenzdienstleistungen: EuGH, Gutachten 1/94, Gutachten v. 15.11.1994 - WTO-Gutachten - Slg. 1994, I-5267 (5401; Rdnr. 43, 44).

⁷⁴⁷ Dörr, EuZW 1996, 39 (40).

Vertragsschlussbefugnis auseinander fallen⁷⁴⁸. Die Mitgliedstaaten könnten andernfalls die mit Drittstaaten geschlossenen Verträge nicht umsetzen oder würden die Gemeinschaft zur Anpassung oder zum Erlass von Gemeinschaftsrecht zwingen.

Grundlage bildet die später mehrfach präzisierte AETR-Rechtsprechung des EuGH⁷⁴⁹. Dieser stellte in der Entscheidung fest: „Die Mitgliedstaaten dürfen keine Verpflichtungen eingehen, welche Gemeinschaftsrechtsnormen, die zur Verwirklichung der Vertragsziele ergangen sind, beeinträchtigen.“⁷⁵⁰ Lange Zeit umstritten war, inwiefern das vorherige interne Gebrauchmachen Voraussetzung für die Außenkompetenz der Gemeinschaft ist⁷⁵¹. Dies präzisierte der EuGH im Gutachten zur WTO. Er führte aus: „Nur in dem Maße, wie Gemeinschaftsvorschriften auf interner Ebene erlassen werden, wird die externe Zuständigkeit der Gemeinschaft zu einer ausschließlichen.“⁷⁵² Das interne Handeln der Gemeinschaft ist damit nicht Voraussetzung für eine Gemeinschaftsaußenkompetenz, sondern nur für die Ausschließlichkeit dieser Kompetenz⁷⁵³. Eine implizite Gemeinschaftsaußenkompetenz besteht darüber hinaus auch dann, wenn zwischen Innen- und Außenkompetenz eine untrennbare Verbindung besteht⁷⁵⁴ oder ein Handeln zur Verwirklichung der Ziele des EG-Vertrages erforderlich ist⁷⁵⁵.

Es ist damit festzustellen, dass die Gemeinschaft unstrittig völkerrechtlich auf dem Gebiet des IPR allein tätig werden kann, wenn eine vollständige Harmonisierung der Kollisionsnormen oder des internationalen Verfahrensrechts auf innergemeinschaftlicher Ebene stattgefunden hat⁷⁵⁶. Dabei ist es unerheblich, in welcher Rechtsform die Gemeinschaft gehandelt hat⁷⁵⁷ und es genügt schon, wenn der Regelungsgegenstand der Gemeinschaftsrechtshandlung mit dem des

⁷⁴⁸ Kotuby, NILR 2001, 1 (10); Krück, Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 110.

⁷⁴⁹ EuGH, Rs. 22/70, Urt. v. 31.3.1971 - AETR - Slg. 1971, 263.

⁷⁵⁰ EuGH, Rs. 22/70, Urt. v. 31.3.1971 - AETR - Slg. 1971, 263 (275, Rdnr. 15,19).

⁷⁵¹ Vgl. nur: Bleckmann, EuR 1977, 109 (115); Geiger, JZ 1995, 973 (976); Dörr, EuZW 1996, 39 (41).

⁷⁵² EuGH, Gutachten 1/94, Gutachten v. 15.11.1994 - WTO-Gutachten - Slg. 1994, I-5267, (5411, Rdnr. 77).

⁷⁵³ Anders: Kotuby, NILR 2001, 1 (11).

⁷⁵⁴ EuGH, Gutachten 1/94, Gutachten v. 15.11.1994 - WTO-Gutachten - Slg. 1994, I-5267, (5414, Rdnr. 86).

⁷⁵⁵ EuGH, Gutachten 1/76, Gutachten v. 26.4.1977 - Stilllegungsfonds für die Binnenschifffahrt - Slg. 1977, 741 (746, Rdnr. 4); Koenig/Haratsch, Europarecht, Rdnr. 62.

⁷⁵⁶ So allgemein für die Harmonisierung: Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 300, Rdnr. 5 ff.

⁷⁵⁷ Ausführlich zum Streitstand, ob ein Tätigwerden durch Verordnungen erforderlich ist oder auch der Erlass einer Richtlinie genügt: Krück, Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 112. Geiger, JZ 1995, 973 (978), will eine Richtlinienkompetenz nicht genügen lassen, da die Außenkompetenz (Abschluss verbindlicher Verträge) weiter gehen würde als die Innenkompetenz (Verbindlichkeit nur bezüglich des Inhalts). Eine Lösung könnte hier darin bestehen, dass die Gemeinschaft nur Rahmenabkommen abschließen darf. Für Art. 65 EG spielt dies indes keine Rolle. Wie noch erörtert werden wird, sind alle Gemeinschaftsrechtsakte hier möglich.

beabsichtigten Vertrages übereinstimmt⁷⁵⁸. Die Sperrwirkung für mitgliedstaatliches Handeln tritt dabei nicht erst zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gemeinschaftsrechtshandlung, sondern bereits mit dessen Erlass ein⁷⁵⁹.

Hat die Gemeinschaft dagegen intern noch nicht gehandelt, ist eine untrennbare Verbindung zwischen Innen- und Außenkompetenz für ein Tätigwerden nach außen Voraussetzung, oder das Handeln muss zur Zielerreichung notwendig sein. Dies bedeutet, dass die Gemeinschaft im IPR nur völkerrechtliche Verträge abschließen darf, wenn ein Handeln für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist. Bezüglich Art. 95 EG hat der EuGH eine solche Notwendigkeit verneint⁷⁶⁰: „Es ist jedoch ausgeschlossen, daß eine Zuständigkeit für die Harmonisierung auf interner Ebene, die nicht in einem bestimmten Bereich ausgeübt worden ist, dazu führen kann, zugunsten der Gemeinschaft eine ausschließliche externe Zuständigkeit in diesem Bereich zu schaffen.“ Der Rat stellte deshalb für Art. 65 EG fest, dass eine implizite Kompetenz aufgrund der untrennbaren Verbindung nur gegenüber den Mitgliedstaaten besteht, die nicht an der Zusammenarbeit teilnehmen, jedoch nicht gegenüber Drittstaaten⁷⁶¹. Dies überzeugt nicht. Mitgliedstaaten, die nicht an einer bestimmten Gemeinschaftspolitik teilnehmen, also hier nicht zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gehören, müssen wie Drittstaaten behandelt werden, da sie ebenso wie Drittstaaten in diesem Bereich außerhalb des Gemeinschaftsrahmens stehen.

Wie bereits erörtert wurde, darf die Gemeinschaft aber aufgrund von Art. 65 EG allseitige Kollisionsnormen erlassen, da sonst der Binnenmarkt nicht reibungslos funktionieren würde. Wenn sie solche autonomen Rechtsakte verabschieden darf, muss sie auch völkerrechtliche Übereinkommen, in denen Kollisionsnormen enthalten sind, die sie selbst treffen könnte, abschließen können. Es besteht hier eindeutig eine untrennbare Verbindung zwischen Innen- und Außenkompetenz und zur Zielerreichung ist ein Tätigwerden notwendig. Die Gemeinschaft darf also völkerrechtliche Übereinkommen abschließen⁷⁶². Es besteht keine Pflicht zum Abschluss gemischter Abkommen, da gerade keine geteilte Kompetenz mehr

⁷⁵⁸ Krück, Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 115.

⁷⁵⁹ Leible/Staudinger, ELF 2000/01, 225 (235).

⁷⁶⁰ EuGH, Gutachten 1/94, Gutachten v. 15.11.1994 - WTO-Gutachten - Slg. 1994, I-5267, (5414, Rdnr. 88); Gilsdorf, EuR 1996, 145 (154).

⁷⁶¹ Legal Service des Rates, Doc. 6683/99 JUR 99 JUSTCIV 48, Nachweis bei: Kotuby, NILR 2001, 1 (15).

⁷⁶² Diese Meinung vertritt auch die Kommission (KOM [2003] 348 endg., 6), die ausgeführt hat, dass die Mitgliedstaaten lediglich für diejenigen Bereiche von Übereinkommen zuständig sind, die bestehendes oder künftiges Gemeinschaftsrecht nicht berühren.

vorliegt⁷⁶³. Im Rahmen dieser Übereinkünfte darf die Gemeinschaft nur für die Mitgliedstaaten handeln, die an der gemeinschaftlichen justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen teilnehmen, das heißt keinesfalls für Dänemark. Großbritannien und Irland müssen sich in jedem konkreten Einzelfall einverstanden erklären.

Probleme ergeben sich durch die vom internationalen Recht gesetzten Beschränkungen, so z.B. bei internationalen Konferenzen, nach deren Satzung nur Mitgliedstaaten teilnehmen dürfen. Dies gilt beispielsweise für die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht. Rat und Kommission haben in dieser Konferenz bisher nur einen Beobachterstatus. Abgesehen davon, dass bereits über eine Teilnahme der Gemeinschaft diskutiert wird⁷⁶⁴ und die Gemeinschaft schon ein großes Engagement bei der Vorbereitung eines weltweiten Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens an den Tag legt, ist dieser Konflikt nur durch ein vorhergehendes Handeln der Gemeinschaft zu lösen. Die Gemeinschaft muss die Entscheidung über die Unterzeichnung und Ratifizierung treffen. Dies kann dadurch gewährleistet werden, dass die Notwendigkeit einer Ermächtigung angenommen wird. Die Mitgliedstaaten bilden in einem solchen Fall keine eigene Meinung im Rahmen der Konferenz, sondern setzen den von der Gemeinschaft im Rahmen der Ermächtigung vorgegebenen Standpunkt durch. Die Mitgliedstaaten müssen darüber hinaus auf eine Änderung der Satzung der internationalen Organisation hinwirken. Diese Lösung respektiert auch in einem Übergangsstadium das im Laufe der Jahre entstandene Vertrauen der Nichtmitgliedstaaten auf eigenständiges staatliches Handeln der EG-Mitgliedstaaten⁷⁶⁵.

Darüber hinaus und auch für den Fall, dass internationale Regelungen ein solches Vorgehen nicht zwingend erforderlich machen, sollte eine Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaft stattfinden⁷⁶⁶. Selbst wenn sich durch den Vertragsschluss gegenüber den Drittstaaten nur die Gemeinschaft bindet, so sind mittelbar auch die Mitgliedstaaten an die von der Gemeinschaft

⁷⁶³ Zu diesem Ergebnis gelangt man, wenn man der Gemeinschaft nur die Kompetenz zum Erlass von innergemeinschaftlichen Kollisionsnormen zugesteht, denn viele völkerrechtliche Verträge berühren nicht nur das Verhältnis von Mitgliedstaaten und Drittstaaten, sondern auch das Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander. Soll eine weltweite Vereinheitlichung des IPR stattfinden, gilt dieses auch zwischen den Mitgliedstaaten. Da jedoch diese Regelungen auch im Verhältnis zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten Anwendung finden würden, müssten auch die Mitgliedstaaten die Verträge unterzeichnen bzw. an den Konferenzen teilnehmen. In einem solchen Fall der geteilten Außenkompetenz kommt es zum Abschluss der gemischten Abkommen (*Geiger*, JZ 1995, 973 [977]; *Baumont*, ICLQ 1999, 223 [228]). Sowohl Mitgliedstaaten als auch die Gemeinschaft würden den Vertrag aushandeln, abschließen und durchführen (*Gilsdorf*, EuR 1996, 145 [158]).

⁷⁶⁴ *Heß*, IPRax 2001, 389 (396); *Kotuby*, NILR 2001, 1 (29).

⁷⁶⁵ *Wagner*, IPRax 2001, 533 (535).

⁷⁶⁶ Europäische Gruppe für Internationales Privatrecht, NILR 1995, 466 (466).

geschlossenen Verträge gebunden. Diese Bindung besteht zwar nicht gegenüber den Vertragsstaaten, aber gegenüber der Gemeinschaft und ergibt sich aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue⁷⁶⁷ sowie aus Art. 300 Abs. 7 EG. Neben diesen rechtlichen Erwägungen besteht auch eine praktische Notwendigkeit⁷⁶⁸ wegen des über die Jahre angehäuften rechtlichen Fachwissens und der Erfahrung der Mitgliedstaaten im Bereich des internationalen Privatrechts, welche von der Gemeinschaft genutzt werden sollten.

(cc) Ergebnis

Die Gemeinschaft kann selbst allseitige Kollisionsnormen und internationales Zivilverfahrensrecht mit Bezug zu Drittstaaten erlassen. Sie hat aber nunmehr die exklusive Kompetenz, auf internationalen Konferenzen aufzutreten und völkerrechtliche Übereinkommen abzuschließen.

bb. Erforderlichkeit

Die Maßnahme muss für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sein. Diese Erforderlichkeit verlangt eine offene und nachvollziehbare Begründung der marktintegrativen Notwendigkeit⁷⁶⁹. Sie ist jedoch eine politische Entscheidung, deren Spielraum nur in wenigen Fällen begrenzt ist, beispielsweise im Fall einer bereits stattgefundenen Selbstangleichung durch die Mitgliedstaaten⁷⁷⁰. Da eine solche nicht ersichtlich ist, ist das Merkmal der Erforderlichkeit insoweit grundsätzlich zu bejahen.

Ein einheitliches innergemeinschaftliches Verweisungsrecht ist aber zumindest dann nicht erforderlich, wenn bereits die Sachnormen angeglichen sind⁷⁷¹. Ohne Rechtskollision ist kein Kollisionsrecht notwendig⁷⁷². Es gibt aber wenige Materien, in denen einheitliche Regelungen des materiellen Privatrechts bestehen. Zu nennen wären hier beispielsweise das weltweit geltende CISG⁷⁷³ und die in Europa gültige EWIVVO⁷⁷⁴. Die verbraucherschützenden Richtlinien

⁷⁶⁷ Krück, Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 126.

⁷⁶⁸ Kotuby, NILR 2001, 1 (29). Sehr kritisch äußert sich Jayme, IPRax 2000, 165 (167), zu einer Teilnahme der Gemeinschaft an der Haager Konferenz. Er spricht von einer „Spaltung von Sachverstand und Bürokratie“. Zur Vermeidung solcher Unzulänglichkeiten wurden jedoch gerade diese Kooperationsmechanismen geschaffen und es ist zu hoffen, dass sie sich durchsetzen und auch innerhalb der Gemeinschaft ein entsprechender Sachverstand entwickelt wird bzw. die wissenschaftlichen Ressourcen der Mitgliedstaaten genutzt werden.

⁷⁶⁹ Müller-Graff, ZHR 1995, 34 (72).

⁷⁷⁰ Müller-Graff, EuR 1989, 107 (128); ders. ZHR 1995, 34 (72).

⁷⁷¹ Jayme, Ein Internationales Privatrecht für Europa, in: Jayme (Hrsg.), Ein Internationales Privatrecht für Europa, 5 (7).

⁷⁷² Zweigert/Drobnig, RabelsZ 1965, 146 (147); Basedow, NJW 1996, 1921 (1921).

⁷⁷³ BGBl. 1989 II, 588. Dieses Übereinkommen wurde nicht von den Mitgliedstaaten Vereinigtes Königreich, Irland und Portugal ratifiziert.

⁷⁷⁴ ABLEG 1985 Nr. L 199, 1 ff.

harmonisieren zwar die Materie in der Zielsetzung, können jedoch im Einzelnen unterschiedlich umgesetzt werden, so dass ein Verweisungsrecht weiterhin notwendig bleibt. Vereinheitlichte sachrechtliche Regelungen sind keinesfalls immer vollständig. Auch für die Lösung von Teilfragen und das Ausfüllen der Lücken ist immer noch das anwendbare materielle Recht zu bestimmen⁷⁷⁵. So regelt die Produkthaftungsrichtlinie⁷⁷⁶ gemäß ihres Art. 9 nicht die immateriellen Schäden und auch nicht die Fragen der Verjährung sowie der Hemmung und Unterbrechung (Art. 10). Für diese Probleme muss weiterhin nationales Recht zur Anwendung berufen werden.

Das nur gemeinschaftsweit gültige vereinheitlichte oder harmonisierte Privatsachrecht bedarf des Weiteren der Bestimmung des eigenen Anwendungsbereiches.

cc. Ergebnis

Aus der Notwendigkeit der Binnenmarktfunktionalität ergibt sich keine Einschränkung bezüglich der zu vergemeinschaftenden IPR-Materien sowie der Reichweite und Instrumente. Es genügt, dass die Statute und das internationale Zivilverfahrensrecht im Allgemeinen einen Wirtschaftsbezug haben. Auch der Erlass von IPR zur Regelung von Drittstaatsverhalten ist möglich und notwendig. Dabei kann sich die Gemeinschaft autonomer Rechtsinstrumente bedienen oder einen völkerrechtlichen Vertrag abschließen, für den sie kraft „implied power“ auch ausschließlich zuständig ist.

b. Das Tatbestandsmerkmal „grenzüberschreitende Bezüge“

Die Voraussetzung der grenzüberschreitenden Bezüge stellt für das Kollisionsrecht und das internationale Zivilverfahrensrecht keine Einschränkung dar, da diese schon per definitionem nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Anwendung finden⁷⁷⁷. Auswirkungen hat diese Forderung nur auf die Harmonisierung der nationalen Verfahrensrechte (Art. 65 lit. c).

c. Das Tatbestandsmerkmal „schließen ein“

Aus der Formulierung „schließen ein“ könnte sich für die Zusammenarbeit in Zivilsachen eine Einschränkung ergeben, wenn dies so auszulegen ist, dass die Aufzählung abschließend ist. Dies hätte für das ausdrücklich aufgeführte Kollisionsrecht und das internationale Zivilverfahrensrecht keine Auswirkungen,

⁷⁷⁵ Kohler, IPRax 1992, 277 (278).

⁷⁷⁶ ABl. EG 1985, Nr. L 210, 29. Weiteres Bsp.: Art. 12 Kulturgüterschutzrichtlinie (ABl. EG 1993 Nr. L 74, 74 ff.).

⁷⁷⁷ Siehe Einleitung. So auch: Wagner, *RabelsZ* 2004, 119 (134).

wohl aber für ein einheitliches Privatsachrecht. Dies soll in einem Exkurs erörtert werden, da die Möglichkeit der Schaffung eines einheitlichen Privatrechts auch Auswirkungen auf die hier untersuchte Materie hätte:

Es handelt sich zweifellos um eine demonstrative und keine abschließende Aufzählung. Dies legt schon der deutsche Wortlaut nahe, wird aber zumindest aus der französischen Fassung („entre autres“) deutlich. Im Übrigen wurde der Vertragstext während der Regierungskonferenz geändert. Die niederländische Präsidentschaft hatte noch den Begriff „besteht aus“ vorgeschlagen⁷⁷⁸. Aus dieser Modifizierung kann der Wille der Vertragsparteien geschlossen werden, den Anwendungsbereich des Art. 65 EG zu erweitern. Art. 65 EG umfasst also mehr als nur die Materien, die ausdrücklich aufgezählt sind⁷⁷⁹. Damit könnte der Gemeinschaft auch die Kompetenz zur Schaffung eines einheitlichen europäischen materiellen Privatrechts gegeben worden sein⁷⁸⁰. Diese wäre dann auf Sachverhalte mit grenzüberschreitenden Bezügen beschränkt, also ein Privatrecht für alle grenzüberschreitenden Aspekte neben den nationalen Privatrechten für innerstaatliche Sachverhalte. Gegen eine solche Auslegung des Art. 65 EG spricht nicht nur die Konkretisierung der Zusammenarbeit als justitiell⁷⁸¹, sondern vor allem, dass ein so wichtiges Projekt wie die Vergemeinschaftung des gesamten Privatrechts ausdrücklich genannt worden wäre, wenn es unter diese Vorschrift hätte fallen sollen. Eine exemplarische Aufzählung beinhaltet immer die bedeutendsten von der Vorschrift umfassten Gebiete, in denen die Handlungsprioritäten liegen sollen⁷⁸².

d. Das Tatbestandsmerkmal „Maßnahmen“

Unter Maßnahmen sind alle Rechtsakte im Sinne des Art. 249 EG zu verstehen, also sowohl rechtsverbindliche als auch nicht-verbindliche Akte (Empfehlungen und Stellungnahmen). Daran ändert auch der Begriff der Zusammenarbeit nichts, denn wenn sich hieraus ergeben soll, dass nur nicht-verbindliche Maßnahmen erlassen werden dürfen, wird dies ausdrücklich festgeschrieben (Art. 149, Art.

⁷⁷⁸ CONF/2500/96 ADD 1, 20 Art. F; *Heß*, Justitielle Kooperation nach Art. 65 EG unter besonderer Berücksichtigung der CR, in: Tichý (Hrsg.), *Europeizace národních právních Rádu*, 185 (197).

⁷⁷⁹ Dies entspricht auch dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, da sich eine Begrenzung der Gemeinschaftskompetenz in hinreichendem Maße aus den Tatbestandsvoraussetzungen ergibt, *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 88.

⁷⁸⁰ *Müller-Graff/Kainer*, DRiZ 2000, 359 (350).

⁷⁸¹ *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 91.

⁷⁸² *Leible/Staudinger*, ELF 2000/01, 225 (228) und *Leible*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 65, Rdnr. 20, schließen dies aus dem Gesamtzusammenhang. Der Schwerpunkt läge eindeutig auf der Beseitigung von Hindernissen in grenzüberschreitenden Sachverhalten, die aus prozessualen oder kollisionsrechtlichen Normen resultierten. Da diese Materien jedoch explizit aufgezählt sind, ist nicht ersichtlich, warum dann die Wendung „schließen ein“ genutzt wurde.

151 EG). Nicht-verbindliche Akte können beispielsweise Bedeutung erlangen, wenn die Gemeinschaft den Mitgliedstaaten einen eigenen weiten Handlungsspielraum lassen will und eine Vergemeinschaftung nicht als notwendig ansieht. Empfehlungen an die Mitgliedstaaten zur Ratifizierung von internationalen Vereinbarungen⁷⁸³ wird es nicht mehr geben, da nunmehr die Gemeinschaft selbst die Kompetenz zur Unterzeichnung hat⁷⁸⁴. Mustergesetze und die Empfehlung zur Annahme dieser Regelungen können aber als nicht-verbindliche Rechtsakte Bedeutung erlangen. Für die konkret aufgezählten Gebiete können sich aber für die Art der Maßnahmen Einschränkungen aus den konkret bezeichneten Zielrichtungen ergeben.

aa. Verbesserung und Vereinfachung, Art. 65 lit. a EG

Art. 65 lit. a EG ermächtigt zu einer Verbesserung und Vereinfachung bestimmter Gebiete des grenzüberschreitenden Zivilverfahrensrechts, u.a. der Anerkennung und Vollstreckung. Dies wird teilweise als ein Hinweis auf bloße „Accessoire-Maßnahmen“ zu bereits existierenden Initiativen verstanden⁷⁸⁵.

Würde man dem folgen, wäre zu klären, wer die bereits existierenden Akte erlassen haben soll. Hätte dies die Gemeinschaft getan, muss schon eine andere Kompetenz auf dem Gebiet bestehen und es fragt sich somit, warum für bloße Accessoire-Maßnahmen eine neue Kompetenz eingeführt werden musste. Wären die Mitgliedstaaten rechtmäßigerweise tätig geworden, müssten sie nach dem Subsidiaritätsprinzip auch für die Begleitmaßnahmen zuständig sein. „Verbesserung und Vereinfachung“ schränkt damit nicht den Handlungsspielraum der Gemeinschaft ein, sondern gibt eine Zielrichtung für die Maßnahmen vor.

bb. Förderung, Art. 65 lit. b und c EG

Nach Art. 65 lit. b und c EG soll die Vereinbarkeit der mitgliedstaatlichen Vorschriften gefördert werden. In Art. 65 lit. c EG wird sogar die vorsichtige Formulierung „erforderlichenfalls durch Förderung“ verwendet. Dies kann eine Andeutung zur Beschränkung auf den Erlass von „soft law“⁷⁸⁶ darstellen. Aufschluss könnte die Auslegung der Termini „Fördermaßnahmen“ bzw. „fördern“ im Rahmen anderer Politiken, z. B. in den Bereichen Bildung (Art. 149 Abs. 4 EG), Kultur (Art. 151 Abs. 5 EG), Gesundheitswesen (Art. 152 Abs. 4 lit.

⁷⁸³ Kohler, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1999, 1 (19).

⁷⁸⁴ Teil 3, A.I.1.a.aa.(1)(b).

⁷⁸⁵ Kohler, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1999, 1 (19).

⁷⁸⁶ Unter „soft law“ versteht man die bloße Erklärung eines Zieles oder von Prinzipien, die Verhaltensstandards beschreiben, Šarčević, Unification and „Soft Law“, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), Mélanges von Overbeck, 88 (91).

c EG), geben. Der Inhalt, den der Begriff in diesen Politiken erhalten hat, könnte auch im Rahmen des Art. 65 EG Anwendung finden.

(1) Begriff der Fördermaßnahmen im übrigen EG-Vertrag

Im Rahmen des Vertrages zur Gründung der Europäischen Union wurden auch Politiken in den EG-Vertrag eingeführt, welche nicht unmittelbar wirtschaftsbezogenen Charakter haben. Die Gemeinschaftskompetenz wurde durch die Mitgliedstaaten hier auf den Erlass von „Fördermaßnahmen“ beschränkt. Diesen Terminus haben die Regierungschefs in den Schlussfolgerungen der Tagung des Europäischen Rates in Edinburgh am 11. und 12. Dezember 1992 präzisiert. „Fördermaßnahmen“ sind hiernach „Maßnahmen zur Stärkung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten oder zur Unterstützung oder Ergänzung ihres Handelns in den betreffenden Bereichen, gegebenenfalls auch durch finanzielle Unterstützung von Gemeinschaftsprogrammen oder einzelstaatlicher bzw. gemeinsamer Maßnahmen zur Erreichung der Ziele dieser Artikel“⁷⁸⁷. Die Maßnahmen richten sich somit primär darauf, für die Mitgliedstaaten Anreize zum Tätigwerden zu schaffen, sie im Falle eines Handelns zu unterstützen und ihre Arbeit zu ergänzen. Eine Beschränkung auf bestimmte Handlungsinstrumente ergibt sich hieraus nicht. Die Definition bezieht sich vielmehr auf die Ausgestaltung, mithin den Inhalt der Rechtsakte, nicht aber auf die Form⁷⁸⁸. Zwischen beiden besteht allerdings eine Beziehung insofern, als bestimmte Inhalte nur durch bestimmte Formen durchgesetzt werden können. Anreize und Unterstützung können sowohl auf finanziellem Gebiet⁷⁸⁹ als auch durch die Bereitstellung personeller und sachlicher Mittel realisiert werden⁷⁹⁰. Bei einer Beschränkung der Gemeinschaft auf ein solches Tätigwerden wäre ein Handeln durch rechtsverbindliche Akte, d.h. durch Gemeinschaftsmaßnahmen i.S.d. Art. 249 EG (Verordnung, Richtlinie, Entscheidung) ausgeschlossen⁷⁹¹, denn bei Anreizen können Verpflichtungen nicht einseitig auferlegt werden, sondern nur zur Voraussetzung für die Gewährung von Leistungen gemacht werden⁷⁹². Bezüglich dieses Inhaltes

⁷⁸⁷ Schlussfolgerungen der Tagung des Europäischen Rates der Staats- und Regierungschefs in Edinburgh am 11./12. 12.1992, EA 1993, D 2 (D 9, Fn. 1).

⁷⁸⁸ *Kreber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 149 EG, Rdnr. 14, der nach dem Inhalt der Maßnahmen und nicht nach formellen Kriterien abgrenzen will. Ebenso: *Classen*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Bd. 3, Art. 149 EG, Rdnr. 27.

⁷⁸⁹ *Schwartz*, ZEuP 1994, 559 (571).

⁷⁹⁰ *Blanke*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union (Maastrichter Fassung), Art. 126, 127, Rdnr. 43.

⁷⁹¹ So jedenfalls: *Blanke*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union (Maastrichter Fassung), Art. 126, 127 EG, Rdnr. 43; *Fischer*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 149, Rdnr. 18. A.A.: *Ress*, DÖV 1992, 944 (947); *Staudenmayer*, BayVBl. 1995, 321 (327 f.); *Seidel/Beck*, Jura 1997, 393 (396).

⁷⁹² *Dittmann/Fehrenbacher*, RdJ 1992, 478 (484).

kommen nur Empfehlungen, Stellungnahmen und Rechtsformen *sui generis*, insbesondere Programme und Beschlüsse, in Betracht. Der Inhalt der Ergänzung schließt dagegen die Rechtsverbindlichkeit des Aktes nicht aus. Insbesondere können sich Mitwirkungspflichten für die Mitgliedstaaten ergeben. Jedoch werden solche verbindlichen Handlungsformen selten genutzt, da die Inhalte sehr beschränkt sind.

Für die grundsätzliche Möglichkeit des Erlasses von rechtsverbindlichen Akten spricht auch Art. 149 Abs. 4 2. Spiegelstrich EG, der für Empfehlungen ein erleichtertes Verfahren vorsieht. Es wäre widersprüchlich, wenn für bestimmte nicht-verbindliche Handlungen ein leichteres Verfahren vorgeschrieben wäre, wenn auch Fördermaßnahmen nur solche nicht-rechtsverbindlichen Handlungen umfassen würden⁷⁹³. Auch das ausdrückliche Verbot der Harmonisierung (Bsp.: Art. 149 Abs. 4 1. Spiegelstrich EG) spricht gegen die bloße Subsumtion von Maßnahmen ohne Regelungscharakter unter den Begriff der Fördermaßnahmen⁷⁹⁴.

Es ist damit festzustellen, dass der Begriff der Fördermaßnahmen in anderen Normen des EG-Vertrages grundsätzlich auch rechtlich verbindliche Maßnahmen umfasst. Da sie inhaltlich jedoch sehr beschränkt sind, wird deren Nutzung nur selten vorkommen. Unverbindliche Maßnahmen bilden hier die Regel.

(2) Übertragbarkeit auf Art. 65 EG

Zunächst müsste die Konkretisierung, die der Europäische Rat ausdrücklich nur auf die erwähnten Politiken bezogen hat, anwendbar sein. Diese Beschränkung erscheint auch folgerichtig, da der Begriff der „Fördermaßnahmen“ zu dem maßgeblichen Zeitpunkt nur in den aufgeführten Vorschriften verwendet wurde.

Für eine mögliche Anwendung der Definition auch im Rahmen des Art. 65 EG spricht sich wohl *Kohler* aus, der aus dem Begriff „Fördermaßnahmen“ schließt, dass Art. 65 lit. b EG weder für eine Vereinheitlichung noch für eine Harmonisierung die Kompetenzgrundlage darstellen kann, sondern nur zu einem Handeln durch „soft law“ ermächtigt⁷⁹⁵. Er begründet dies unter anderem damit, dass im niederländischen Vorschlag noch von „Annäherung“ gesprochen wurde.

⁷⁹³ *Staudenmayer*, BayVBl. 1995, 321 (327).

⁷⁹⁴ *Dittmann/Fehrenbacher* RdJ 1992, 478 (489). Anders: *Classen*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 149, Rdnr. 26, der den Ausschluss als lediglich deklaratorisch ansieht.

⁷⁹⁵ *Kohler*, Rev. Crit. Dr. Int. Privé. 1999, 1 (21). Diese Meinung scheint *Kohler* wohl inzwischen zumindest teilweise revidiert zu haben, als er nunmehr anführt, dass eine Möglichkeit „wie die Vereinbarkeit unterschiedlicher Kollisionsnormen auf einer geringeren Stufe als einheitlicher Regeln gefördert werden kann, kaum erkennbar ist“ (*ders.*, Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza, 4 f.). Er möchte die Formulierung dennoch nicht als „lapsus linguae“ abtun.

Aus der vorgenommenen Änderung sei zu schließen, dass weniger als eine Harmonisierung gewollt sei. Es kann aber hier auch in entgegengesetzter Weise argumentiert werden. Annäherung deutet auf die Beschränkung zur Nutzung von Richtlinien hin, durch die Nutzung des allgemeineren Begriffs der Förderung könnte nunmehr auch ein Handeln im Verordnungswege in Betracht kommen.

Ein Vergleich der verwendeten Termini innerhalb der englischen und französischen Fassung des EG-Vertrages legt dagegen eine divergierende Auslegung nahe. Während in den übrigen Artikeln von „incentive measures“ und „actions d’encouragement“ gesprochen wird, werden in Artikel 65 EG mit „promoting“ und „favoriser“ völlig andere Begriffe verwendet. Gegen eine Anwendung der Definition spricht auch, dass in den anderen Artikeln, in denen von Förderung die Rede ist, sich dies nach dem Wortlaut immer auf die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bezieht, während im Rahmen von Art. 65 EG von Förderung der Vereinbarkeit die Rede ist (nicht von Förderung der Vereinheitlichung durch die Mitgliedstaaten). Eine solche Vereinbarkeit kann aber nur durch rechtsverbindliche Akte herbeigeführt werden. Im Übrigen schließen die genannten Artikel die Harmonisierung ausdrücklich aus⁷⁹⁶. Dies ist bei Art. 65 EG nicht der Fall, so dass davon auszugehen ist, dass auch eine Harmonisierung möglich sein soll⁷⁹⁷. Eine Harmonisierung setzt aber immer einen rechtsverbindlichen Akt voraus.

Hinzu kommt, dass auch schon vor dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages punktuelle Kompetenzen im Bereich des IPR und IZVR bestanden⁷⁹⁸. Es wäre nicht nachvollziehbar, wenn bei Verbindlichkeit der punktuellen Kompetenzen die allgemeine Kompetenz nur zu unverbindlichem Handeln ermächtigen soll. Letztlich könnten sich Argumente für eine Möglichkeit des Erlasses rechtsverbindlicher Akte daraus ergeben, dass, wie oben schon festgestellt wurde, die Aufzählung im Rahmen des Art. 65 EG nicht abschließend ist. Für die nicht ausdrücklich genannten Gebiete der justitiellen Zusammenarbeit würden dann aber weiterreichende Kompetenzen gelten als für die ausdrücklich aufgeführte Materie des IPR. Dies kann aber von der Regierungskonferenz, deren Ziel ja die Förderung der Integration und die Beseitigung der Unzulänglichkeiten war⁷⁹⁹, nicht gewollt sein. Mit diesem Argument kann auch *Leible* entgegengetreten werden, der annimmt, dass Art. 65 lit. b EG nur eine Rechtsangleichungs-, nicht

⁷⁹⁶ Art. 150 Abs. 4 EG; Art. 151 Abs. 5, Spiegelstrich 1 EG; Art. 152 Abs. 4 lit. c EG. So auch: *Leible/Staudinger*, ELF 2000/01, 225 (233).

⁷⁹⁷ So auch: *Campos*, RdC 2000, Bd. 287, 9 (128); *Wiedmann*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 65, Rdnr. 7.

⁷⁹⁸ Dazu: Teil 3, B.II.

⁷⁹⁹ Teil 1, B.

aber eine Vereinheitlichungskompetenz gibt⁸⁰⁰ und damit die Möglichkeit des Erlasses von Verordnungen ausschließt.

Sollte, im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht, nur eine bloße Förderung durch nicht-verbindliches Handeln möglich sein, wäre die praktische Realisierung zu klären. Während im Rahmen von Bildungs- und Gesundheitspolitik finanzielle Anreize und Hilfen zur Intensivierung der Kooperation tauglich erscheinen, ist zu fragen, welche Institutionen diese beim IPR erhalten sollen. Möglich wäre lediglich der aufgrund der eigenen Außenkompetenz seltene Fall der Empfehlung zur Ratifikation bestimmter internationaler Konventionen⁸⁰¹ und zur Annahme bestimmter im Gemeinschaftsrahmen ausgearbeiteter Mustergesetze. Bei einer solchen Beschränkung wäre aber die Frage nach dem Sinn der Vergemeinschaftung zu klären. Auch im Rahmen der dritten Säule hätte die Union auf ein Handeln der Mitgliedstaaten, denen dann die Instrumente der ZBJI zur Verfügung gestanden hätten, hinwirken können. Da nunmehr keine Kompetenz der Mitgliedstaaten für die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen mehr in der dritten Säule verblieben ist, kann ein Hinwirken sich nur auf das Abschließen von Staatsverträgen außerhalb der Union beschränken. Dieser Rückschritt kann nicht der Sinn der Vergemeinschaftung sein. Es ist somit festzustellen, dass auch zur „Förderung der Vereinbarkeit“ alle Handlungsmöglichkeiten des Art. 249 EG in Betracht kommen.

cc. Zwischenergebnis

Auch aus der Verwendung der Begriffe Verbesserung, Vereinfachung und Förderung ergibt sich keine Einschränkung der Handlungsmöglichkeiten der Gemeinschaft. Eine gegenteilige Auffassung würde dem Zweck der Vergemeinschaftung widersprechen⁸⁰².

e. Ergebnis

Die Gemeinschaft ist auf Grundlage des Art. 65 EG zum Erlass einer Verordnung oder einer Richtlinie zur Vergemeinschaftung der Vorschriften des IPR befugt.

⁸⁰⁰ *Leible*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 353 (388). A.A.: *Basedow*, CMLR 2000, 687 (706), der feststellt, dass auch eine Vereinheitlichung möglich ist.

⁸⁰¹ *Kotuby*, NILR 2001, 1 (20).

⁸⁰² So auch: *Remien*, CMLR 2001, 53 (76 f.), der dieses Ergebnis jedoch damit begründet, dass bisher nur eine Vereinheitlichung einen wirklichen Erfolg herbeigeführt hat.

II. Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip

Die Kompetenzen der EG sind durch das Verhältnismäßigkeits- und das Subsidiaritätsprinzip beschränkt. Art. 65 EG müsste im Rahmen dieser Prinzipien angewendet werden, da es sich um allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts handelt, die über dem sekundären Gemeinschaftsrecht stehen⁸⁰³. Das Subsidiaritätsprinzip bezieht sich hierbei auf die Frage des „Ob“ des Tätigwerdens, das Verhältnismäßigkeitsprinzip auf die des „Wie“⁸⁰⁴.

1. Subsidiaritätsprinzip

Wenn keine ausschließliche Kompetenz vorliegt, darf die Gemeinschaft nur tätig werden, wenn die Ziele auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können, Art. 5 Abs. 2 EG. Das Subsidiaritätsprinzip stellt ein grundlegendes Prinzip gemeinschaftlicher Kompetenzausübung⁸⁰⁵ dar. Es wurde durch den Vertrag von Maastricht in den EG-Vertrag eingefügt, da hier Kompetenzen geschaffen wurden, die nicht zwingend marktintegrierend wirken, so dass den Mitgliedstaaten nicht die generelle Zuständigkeit entzogen werden sollte⁸⁰⁶. Es sollte einem europäischen Zentralismus⁸⁰⁷ entgegenwirken und steht damit in einem engen Zusammenhang mit dem „Europa der Bürger“⁸⁰⁸ und somit auch mit dem Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Gestärkt wurde dieses Prinzip durch das „Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“⁸⁰⁹, das aus deutscher Sicht eines der wichtigsten Verhandlungsergebnisse des Amsterdamer Vertrages darstellt⁸¹⁰. Dieses Protokoll übernimmt inhaltlich im Wesentlichen die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh⁸¹¹, wird aber durch

⁸⁰³ Hirsch, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht, 12.

⁸⁰⁴ Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 5, Rdnr. 17, 45. Anders: Taupitz, JZ 1993, 534 (537). Hirsch, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht, 27 f., sieht das Subsidiaritätsprinzip für Gemeinschaftshandeln als *lex specialis* gegenüber dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Diese Ansicht überzeugt nicht, weil beide Prinzipien in Art. 5 EG geregelt sind und die Einhaltung beider Grundsätze nach dem klaren Wortlaut für das gemeinschaftliche Tätigwerden notwendig ist.

⁸⁰⁵ Es handelt sich um eine Kompetenzausübungs- und keine Kompetenzzuweisungsregel, Müller-Graff, ZHR 1995, 34 (47).

⁸⁰⁶ Müller-Graff, ZHR 1995, 31 (55). Als allgemeiner Grundsatz war es jedoch schon vorher ungeschrieben im Gemeinschaftsrecht verankert, Kahl, AöR 1993, 414 (416).

⁸⁰⁷ Koenig/Haratsch, Europarecht, Rdnr. 64.

⁸⁰⁸ Schmidhuber, DVBl. 1993, 417 (417).

⁸⁰⁹ ABLEG 1997 Nr. C 340, 105.

⁸¹⁰ Schönfeld/Silberberg, integration 1997, 203 (208).

⁸¹¹ Bardenhewer, Einführung, in: EU- und EG-Vertrag: konsolidierte Fassungen im Rahmen des Vertrages von Amsterdam, 13 (16).

die Protokolleigenschaft zu primärem Gemeinschaftsrecht (Art. 311 EG)⁸¹².

a. Art. 65 EG als konkurrierende Kompetenz

Es ist somit zunächst festzustellen, ob es sich bei der Regelung des Art. 65 EG um eine ausschließliche, um eine konkurrierende oder parallele Kompetenz handelt. Der EG-Vertrag definiert den Begriff der ausschließlichen Kompetenz nicht näher. Der Charakter muss deshalb für jede einzelne Vorschrift aus deren Sinn und Zweck ermittelt werden. Dem muss die Überlegung zugrunde gelegt werden, ob den Mitgliedstaaten - unabhängig von einem konkreten Tätigwerden der Gemeinschaft - eine Handlungsbefugnis verbleiben soll⁸¹³.

Für eine Auslegung als ausschließliche Kompetenz spricht Art. 3 EG, der die Angleichung der Rechtsvorschriften ausdrücklich der Gemeinschaft als Aufgabe zuweist⁸¹⁴. Diese wird, so wird teilweise vertreten⁸¹⁵, durch Art. 14 EG, der im juristischen Imperativ formuliert ist, sogar verpflichtet, ein bestimmtes Ergebnis (Binnenmarkt) herbeizuführen. Dem steht aber entgegen, dass die Angleichungsmaterien vor der Angleichung eine Domäne der Mitgliedstaaten waren. Eine Angleichung wäre sonst gar nicht notwendig⁸¹⁶. Angleichungskompetenzen müssen deshalb grundsätzlich als konkurrierend verstanden werden. Die Begründung ergibt sich auch unmittelbar aus Art. 65 EG, denn auch die Mitgliedstaaten haben die Pflicht, sich so zu verhalten, dass das Funktionieren des Binnenmarktes nicht gestört wird und dass Schranken beseitigt werden. Für den konkurrierenden Charakter speziell des Art. 65 EG und für die verbleibende Möglichkeit des Handelns durch die Mitgliedstaaten sprechen ebenso die erst vor kurzem durchgeführte Vergemeinschaftung und die Nichtteilnahme von Dänemark, dem Vereinigten Königreich und Irland. Eine ausschließliche Zuständigkeit impliziert die Notwendigkeit eines einheitlichen Vorgehens, insbesondere eines einheitlichen Auftretens gegenüber Drittstaaten. Aufgrund des Ausscherens der genannten Mitgliedstaaten ist dies ohnehin nicht gewährleistet und bei der Vertragsunterzeichnung auch hingenommen worden. Würde die Materie des Kollisionsrechts als ausschließlich zu verstehen sein, würden zudem keine Regelungen durch die Mitgliedstaaten mehr erlassen werden

⁸¹² *Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 311 EG, Rdnr. 7.

⁸¹³ *Deckert/Lilienthal*, EWS 1999, 121 (122).

⁸¹⁴ *Schwartz*, EG-Kompetenzen für den Binnenmarkt: Exklusiv oder konkurrierend/subsidiär?, in: Due (Hrsg.), Festschrift für Everling, 1331 (1337); *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 110.

⁸¹⁵ *Schwartz*, EG-Kompetenzen für den Binnenmarkt: Exklusiv oder konkurrierend/subsidiär?, in: Due (Hrsg.), Festschrift für Everling, 1331 (1338 f.).

⁸¹⁶ *Schwartz*, EG-Kompetenzen für den Binnenmarkt: Exklusiv oder konkurrierend/subsidiär?, in: Due (Hrsg.), Festschrift für Everling, 1331 (1344).

können. Dies würde zu einem zeitweisen Rechtsvakuum führen.

Die Kommission geht dagegen von dem Ansatzpunkt aus, dass eine ausschließliche Kompetenz vorliegt, wenn eine zwingend formulierte, klare Verpflichtung für die Gemeinschaft besteht⁸¹⁷. Dies wäre nach ihrer Ansicht bezüglich der Beseitigung von Hindernissen für die Errichtung des Binnenmarktes der Fall, nicht jedoch hinsichtlich wettbewerbsverfälschender Vorschriften, die sich auf das Funktionieren des Binnenmarktes beziehen⁸¹⁸. Bei diesen würde es sich vielmehr um konkurrierende Vorschriften handeln. Art. 65 EG bezieht sich seinem Wortlaut nach eindeutig auf das Funktionieren des Binnenmarktes und müsste deshalb auch nach dieser Unterscheidung als konkurrierende Kompetenz eingeordnet werden. Dem ist im Ergebnis, nicht jedoch in der Begründung zuzustimmen. Eine Unterscheidung zwischen der freiheitlichen Komponente und dem Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen überzeugt nicht. Wie bereits dargestellt⁸¹⁹, haben beide Komponenten in einem Binnenmarkt eine gleichwertige Funktion⁸²⁰. Eine Rechtsangleichung verfolgt zumeist beide Ziele⁸²¹.

Die Überschrift „Justitielle Zusammenarbeit“ könnte ein Indiz für eine konkurrierende Kompetenz sein, da bei einer ausschließlichen Kompetenz der Gemeinschaft weder diese mit den Mitgliedstaaten noch die Mitgliedstaaten untereinander zusammenarbeiten würden⁸²². Jedoch muss dieser Terminus als Relikt der dritten Säule betrachtet werden, so dass nicht der Begriff an sich, sondern vielmehr die erst kürzlich stattgefundene Vergemeinschaftung für eine konkurrierende Kompetenz spricht. Im Übrigen bezieht sich die Zusammenarbeit wohl eher auf die inhaltliche Ausgestaltung der Maßnahmen als auf die Kompetenz.

Den Mitgliedstaaten soll damit eine Handlungsbefugnis verbleiben, jedoch impliziert das Ziel der Vergemeinschaftung, dass die Gemeinschaftsmaßnahmen diesen Akten übergeordnet sind. Eine parallele Zuständigkeit beider

⁸¹⁷ Das Subsidiaritätsprinzip, Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament, Dok. SEK (92) 1990 endg. vom 27.10.1992, S. 2 und Anhang S. 3 ff.

⁸¹⁸ Das Subsidiaritätsprinzip, Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament, Dok. SEK (92) 1990 endg. vom 27.10.1992, Anhang, 8 ff. Diese Meinung wird auch in der Literatur vertreten, vgl.: *Kort*, JZ 1997, 641 (644); *Schwartz*, EG-Kompetenzen für den Binnenmarkt: Exklusiv oder konkurrierend/subsidiär?, in: *Due* (Hrsg.), Festschrift für Everling, 1331 (1332) jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁸¹⁹ Teil 2, A.

⁸²⁰ So auch: *Schwartz*, AfP 1993, 409 (419), der jedoch eine ausschließliche Kompetenz für alle den Binnenmarkt betreffenden Kompetenzen annimmt, da es sich um ein Integrationsziel mit spezifisch europäischem Charakter handele.

⁸²¹ *Schwartz*, ZEuP 1994, 555 (575).

⁸²² *Schelo*, Rechtsangleichung im Europäischen Zivilprozeßrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz, 64.

Handlungssubjekte scheidet damit aus. Es handelt sich bei Art. 65 EG mithin um eine konkurrierende Kompetenz⁸²³. Das Subsidiaritätsprinzip findet Anwendung.

b. Die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips

Bezüglich der Beachtung des Subsidiaritätsprinzips hat der Europäische Rat im schon erwähnten Subsidiaritätsprotokoll⁸²⁴ Leitlinien für die Frage, wann die in Art. 5 Abs. 2 EG genannten Voraussetzungen erfüllt sind, aufgestellt.

In Nr. 5 wird festgelegt:

- Der betreffende Bereich weist transnationale Aspekte auf, die durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können.
- Alleinige Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder das Fehlen von Gemeinschaftsmaßnahmen würden gegen die Anforderungen des Vertrages verstoßen oder auf sonstige Weise die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen.
- Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene würden wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen im Vergleich zu Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile mit sich bringen.

Den Gemeinschaftsorganen steht bei der Beurteilung dieser Voraussetzungen ein weiter Ermessensspielraum zu⁸²⁵. Es handelt sich darüber hinaus um ein dynamisches Konzept, d.h. die Gemeinschaft hat die Möglichkeit, ihre Tätigkeiten im Rahmen ihrer Befugnisse zu erweitern⁸²⁶.

aa. Transnationale Aspekte und fehlende Regelungsmöglichkeit durch Mitgliedstaaten

Das internationale Privatrecht weist ohne Zweifel transnationale Aspekte auf, da es nur in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt zur Anwendung gelangt.

Möglicherweise könnte eine Vereinheitlichung oder Harmonisierung jedoch auch durch die Mitgliedstaaten durchgeführt werden. In Betracht käme zunächst ein gemeinsames Handeln per Staatsvertrag. Dafür könnte der frühere Art. K.3 Abs. 2 EUV sprechen, der ein Handeln durch ein Übereinkommen im Rahmen der dritten

⁸²³ So auch: *Jayme/Kohler*, IPRax 2000, 454 (455); *Wiedmann*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 61, Rdnr. 31.

⁸²⁴ ABLEG 1997 C 340, 105.

⁸²⁵ *Müller-Graff*, ZHR 1995, 34 (62).

⁸²⁶ Mitteilung der Kommission an den Rat und das europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht, KOM (2001), 398 endg., 14.

Säule legitimierte. Aus dem Fehlen einer solchen ausdrücklichen Bestimmung für die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen könnte aber auch zu folgern sein, dass nunmehr ein mögliches gemeinsames Handeln auf intergouvernementaler Ebene nicht mehr statthaft ist. Dies ist auch folgerichtig, denn Art. K.1 Nr. 6 EUV/Maastricht wurde vergemeinschaftet, eine intergouvernementale Kompetenz im Bereich des IPR besteht somit nicht mehr. Gleiches gilt für ein Handeln außerhalb des EU-Vertrages. Die Mitgliedstaaten dürfen nicht mehr gemeinsam im Bereich des EG-Vertrages handeln, wenn eine Kompetenz der EG-Organe besteht und diese handeln wollen⁸²⁷. Aus der Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue des Art. 10 EG folgt für die Mitgliedstaaten in einem solchen Fall eine Kompetenzausübungsschranke⁸²⁸. Hätten die Mitgliedstaaten aber eine unbeschränkte Zuständigkeit behalten wollen, hätten sie dies ausdrücklich in den Verträgen festlegen müssen⁸²⁹.

Eine Rechtsangleichung durch die Gesamtheit der Mitgliedstaaten selbst durch koordinierte Rechtsetzung widerspräche auch dem Sinn und Zweck der Rechtsangleichungsnormen⁸³⁰. Dem Zentralismus soll entgegengewirkt werden, Entscheidungen sollen bürgernah getroffen werden⁸³¹. Dies ist bei einem völkerrechtlichen Handeln aber gerade nicht der Fall. Ebenso wenig würden die Mitgliedstaaten auf dem Weg der autonomen Parallelgesetzgebung zu einer effizienten Lösung gelangen. Notwendig wäre hier ein konkretes Leitbild, da die Mitgliedstaaten, wenn keine Konkretisierung stattgefunden hat, nicht wüssten, woran sie ihre nationalen Regelungen angleichen sollten. Ein solches Leitbild könnte wiederum nur durch völkerrechtliches Tätigwerden oder durch Gemeinschaftshandeln geschaffen werden⁸³². Es würde nicht zu einer Vereinfachung der Lage führen.

Eine Vereinheitlichung könnte weiterhin durch eine private Organisation, beispielsweise die internationale Handelskammer durchgeführt werden⁸³³. Der Nachteil besteht hierbei jedoch darin, dass diese Organisationen keine verbindlichen Rechtsakte erlassen können und nur in einem speziellen, ihnen zugedachten Bereich tätig werden können, so dass der Gesamtzusammenhang

⁸²⁷ So auch: *Kort*, JZ 1997, 640 (641).

⁸²⁸ *Kort*, JZ 1997, 640 (644).

⁸²⁹ *Schwartz*, EG-Kompetenzen für den Binnenmarkt: Exklusiv oder konkurrierend/subsidiär?, in: Due (Hrsg.), Festschrift für Everling, 1331 (1349). Auf die Sondervorschrift des Art. 293 EG wird an anderer Stelle eingegangen (Teil 3, B.II.12.b.).

⁸³⁰ *Engel*, ZfRV 1995, 121 (128).

⁸³¹ Präambel des Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (ABl. EG 1997 C 340, 105). Vgl. auch: *Schwartz*, AfP 1993, 409 (412).

⁸³² *Schwartz*, ZEuP 1994, 559 (574).

⁸³³ *Šarcevic*, Unification and „Soft Law“, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), *Mélanges von Overbeck*, 87 (93).

fehlt. Eine Vereinheitlichung von internationalem Privatrecht und internationalem Zivilverfahrensrecht kann somit durch die Mitgliedstaaten nicht herbeigeführt werden.

bb. Beeinträchtigung des EG-Vertrages mangels Tätigwerden

Im zweiten Punkt überschneidet sich das Subsidiaritätsprinzip mit dem Tatbestandsmerkmal der „Erforderlichkeit“ des Art. 65 EG. Auch dieses setzt einen Verstoß der Regelungen gegen den EG-Vertrag wegen ihrer Unterschiedlichkeit voraus. Wie schon dargestellt wurde⁸³⁴, behindern unterschiedliche IPR den innergemeinschaftlichen Handel und führen zu Wettbewerbsverzerrungen. Die Gemeinschaft darf inhaltlich nur die Felder abdecken, bei denen ein Binnenmarktbezug besteht⁸³⁵, der allerdings sehr weit auszulegen ist.

cc. Deutliche Vorteile gemeinschaftlichen Handelns

Eine Maßnahme auf EG-Ebene müsste wegen ihres weiten Anwendungsbereiches dem angestrebten Ziel näher kommen als ein individuelles Handeln der Mitgliedstaaten. Dies müsste gerade den qualitativen Mehrwert des Gemeinschaftshandelns ausmachen⁸³⁶. *Schack* führt an, dass die Gemeinschaft mit dem Erlass von Rechtsakten auf Grundlage des Art. 65 EG gegen das Subsidiaritätsprinzip verstoßen würde, weil auch durch ihr Handeln keine wirkliche Rechtsvereinheitlichung herbeigeführt würde. Es bliebe vielmehr bei dem Bestehen mehrerer Rechtsquellen⁸³⁷. Eine solche Argumentation überzeugt nicht. Eine Einheitlichkeit oder Harmonisierung kann die Gemeinschaft selbstverständlich nur in ihrem Kompetenzbereich herbeiführen. Dieser umfasst neben den innergemeinschaftlichen grenzüberschreitenden Sachverhalten jedoch auch Drittstaatsverhältnisse⁸³⁸. Wenn die Gemeinschaft somit umfassend von ihrer Kompetenz Gebrauch macht, verbleibt für die nationalen IPR kein Anwendungsbereich mehr. Es ist vielmehr statt der Vielzahl der nationalen Rechte Gemeinschaftsrecht anwendbar. Daneben bleiben die völkerrechtlichen Regelungen bestehen. Diese Konstellation ist aber gerade aufgrund der fortschreitenden Globalisierung und des Willens bezüglich einer weltweiten Vereinheitlichung unvermeidbar. Ebenso wenig ist das Argument stichhaltig, dass die Weiterentwicklung bei den Mitgliedstaaten in erfahreneren Händen liege. Mit

⁸³⁴ Teil 2, B.II.

⁸³⁵ *Schockweiler*, La Codification du Droit international privé dans la Communauté Européenne, in: Borrás u.a. (Hrsg.), Liber amicorum Droz, 391 (395).

⁸³⁶ *Pipkorn*, EuZW 1992, 697 (699).

⁸³⁷ *Schack*, ZEuP 1999, 805 (808).

⁸³⁸ Teil 3, A.I.1.a.aa.(1)(b).

dieser konservativen Sicht, die zudem nicht in jedem Fall zutreffen muss, könnte man sich jeglicher Integration und Weiterentwicklung verschließen. Hieraus ergibt sich für die Gemeinschaft nur die Obliegenheit zur Effektivierung der Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten und deren Kompetenz zu nutzen.

Die allgemein gegen eine Vereinheitlichung auf internationaler Ebene vorgebrachten Argumente der fehlenden autonomen Rechtsfortbildungsmöglichkeit durch nationale Gerichte und Gesetzgeber⁸³⁹ sind im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften nicht durchschlagend. Eine solche Fortbildung ist durch den EuGH möglich⁸⁴⁰, und die Strukturen der supranationalen Gemeinschaft sind nicht mit den auf völkerrechtlicher Ebene üblichen vergleichbar.

dd. Ergebnis

Die Gemeinschaft verstößt durch eine Vergemeinschaftung der IPR-Regeln mittels einer Gemeinschaftsmaßnahme nicht gegen das Subsidiaritätsprinzip.

2. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Gemäß Art. 5 Abs. 3 EG dürfen die Maßnahmen der Gemeinschaft bezüglich des Regelungsumfangs und der Regelungsintensität nicht über das zur Erreichung der Ziele dieses Vertrages erforderliche Maß hinausgehen.

Dieses gemeinschaftliche Verhältnismäßigkeitsprinzip hat also nicht nur eine Schutzfunktion zugunsten von Individualrechten der Bürger, sondern stellt auch eine Kompetenzausübungsschranke dar, indem es vor einer Überreglementierung durch die Gemeinschaft schützt⁸⁴¹. Die Maßnahmen müssen geeignet und erforderlich sein, die Ziele der Gemeinschaft zu erreichen. Darüber hinaus muss der Eingriff in die Interessen der Mitgliedstaaten auch in einem angemessenen Verhältnis zu den positiven Auswirkungen für die Gemeinschaftsziele stehen⁸⁴². Dabei ist die Schwere der Binnenmarktbeeinträchtigung zu dem Interesse der Mitgliedstaaten an einer eigenen Regelungshoheit in Relation zu setzen. Die Binnenmarktbeeinträchtigung wurde aufgezeigt⁸⁴³: Durch ein einheitliches IPR könnten die Transaktionskosten erheblich gesenkt werden, es bestünde eine höhere Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts und eine größere

⁸³⁹ Kötz, Rechtsvergleichung und gemeineuropäisches Privatrecht, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 95 (96).

⁸⁴⁰ Schwarze, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 4.

⁸⁴¹ Hirsch, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht, 5.

⁸⁴² Engel, ZfRV 1999, 121 (128); Hirsch, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht, 11.

⁸⁴³ Teil 2, B.II.

Rechtssicherheit. Bei der Ermittlung des Interesses der Mitgliedstaaten ist auf die Bedeutung des IPR als Bestandteil der „Rechtskultur“ abzustellen⁸⁴⁴. Eine große Rolle spielt hierbei insbesondere das Verhältnis des Kollisionsrechts und des IZVR zu einer vollständigen Privatrechtsvereinheitlichung⁸⁴⁵.

Im Gegensatz zur Entwicklung des materiellen Privatrechts setzte die Entwicklung des IPR erst sehr spät ein. Die Unterschiede sind aus diesen Gründen nicht so gravierend, wie die mancher Institute und der Systematik des materiellen Privatrechts, so dass auch weniger Kompromisse gemacht werden müssen⁸⁴⁶. Die Verbundenheit mit gerade dieser Rechtstradition und auch die Rechtsüberzeugung sind nicht so eng⁸⁴⁷. Das Interesse an der Erhaltung der Regelungshoheit durch die Mitgliedstaaten ist somit geringer als das bedeutende gemeinschaftliche Ziel der Realisierung des Binnenmarktes. Es kann deshalb auch eher auf Akzeptanz gehofft werden⁸⁴⁸, was wiederum der Errichtung eines Rechtsraumes in einem höheren Maße entsprechen würde⁸⁴⁹. Im Übrigen ist hinsichtlich der Möglichkeit einer Vergemeinschaftung des grenzüberschreitenden Privatrechts anzuführen, dass eine Vereinheitlichung des materiellen Rechts andere Ziele verfolgt als eine solche des Kollisionsrechts⁸⁵⁰. Anders als das Sachrecht führt eine Kollisionsrechtsvereinheitlichung nur zu dem Ergebnis, dass derselbe Sachverhalt in unterschiedlichen Staaten zur selben Zeit nach demselben nationalen Recht entschieden wird⁸⁵¹. Der höhere Abstraktionsgrad ermöglicht es dem Kollisionsrecht, bei einer Vergemeinschaftung weniger Kompromisse einzugehen und die begriffliche Präzision eher beizubehalten⁸⁵². IPR- und Sachrechtsvereinheitlichung stehen nicht im Alternativverhältnis, die Vergemeinschaftung des IPR kann vielmehr eine Vorstufe zur

⁸⁴⁴ Zur Weite und Unbestimmtheit dieses Begriffes: *Martiny*, Rechtskultur - Berührungspunkte zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, in: Brand/Stempel (Hrsg.), Festschrift für Blankenburg, 421 (421 ff.).

⁸⁴⁵ Dies kann freilich nur dann problematisch sein, wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung behauptet, dass eine solche Privatrechtsvergemeinschaftung auf Grundlage des EG-Vertrages überhaupt möglich ist. Eine solche wird teilweise auf Art. 65 EG gestützt, aber auch Art. 95 EG wird als Vereinheitlichungskompetenz angesehen, vgl. statt vieler anderer im Speziellen zum Vertragsrecht: *Büßer*, Das Widerrufsrecht des Verbrauchers, 13.

⁸⁴⁶ *Sonnenberger*, JZ 1998, 982 (989); *Büßer*, Das Widerrufsrecht des Verbrauchers, 65.

⁸⁴⁷ *di Brozolo*, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1993, 401 (422); *Gounalakis/Radke*, ZVglRWiss 1999, 1 (10); *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der EG, 373 (411). *Legrand*, MLR 1997, 44 (45), stellt dies insbesondere für die Unterschiede zwischen common und civil law dar. Im materiellen Privatrecht habe sich eine civil law und eine common law Mentalität herausgebildet. Das entspräche zwei verschiedenen Arten über das Recht und dessen Rolle in der Gesellschaft zu denken.

⁸⁴⁸ *Gounalakis/Radke*, ZVglRWiss 1999, 1 (10); *Büßer*, Das Widerrufsrecht des Verbrauchers, 65; *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 2.

⁸⁴⁹ Siehe Teil 1, C.II.2.a.cc.

⁸⁵⁰ *von Caemmerer*, Rechtsvereinheitlichung und Internationales Privatrecht, in: Leser (Hrsg.), Gesammelte Schriften, 27 (28); *Kohler*, Der Europäische Justizraum in Zivilsachen und das Gemeinschaftskollisionsrecht, 27.

⁸⁵¹ *von Bar*, IPR I, Rdnr. 179.

⁸⁵² *von Bar*, IPR I, Rdnr. 179.

Vergemeinschaftung des Sach- und des Prozessrechts darstellen, die sich zunächst noch autonom annähern könnten⁸⁵³.

Die Ziele eines einheitlichen Binnenmarktes sind nicht mit einem milderen Mittel erreichbar. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip setzt aber Schranken bei der Wahl des Rechtsangleichungsinstruments. Ob eine Vergemeinschaftung durch Verordnung oder nur eine Harmonisierung durch eine Richtlinie zulässig ist, richtet sich nach der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit. Dies ist im Rahmen der Ausgestaltung zu erörtern⁸⁵⁴.

III. Ergebnis

Die Gemeinschaft ist nach Art. 65 EG zu einer umfassenden Vereinheitlichung oder Harmonisierung des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts berechtigt. Grenzen in der formellen und inhaltlichen Ausgestaltung werden durch das Verhältnismäßigkeits- und das Subsidiaritätsprinzip gesetzt.

B. Verhältnis zu anderen Kompetenzen im EG-Vertrag

Grundsätzlich unterliegen die Gemeinschaftskompetenzen einem zweckorientierten funktionalen Ansatz. Dennoch beschränken sich viele Befugnisnormen auf bestimmte Materien. Deshalb kann sich die Zuständigkeit der Gemeinschaft für Regelungen des internationalen Privatrechts auch aus dem materiellrechtlichen Rahmen für bestimmte Rechtsgebiete ergeben. Die Kompetenz bezieht sich hier auf ein gewisses Rechtsgebiet, und die IPR-Regelung kann quasi als Annex mitgetroffen werden. Da im Rahmen dieser Kompetenzen nur punktuelle Regelungen erlassen werden können, entsteht in der Gesamtschau eine Vielfalt verschiedener, möglicherweise unabgestimmter Inhalte.

Durch diese Vielzahl von Kompetenzen und insbesondere durch deren „dynamische Auslegung“⁸⁵⁵ kann es zu Anwendungskonflikten kommen. Zu klären ist deshalb zunächst, welche Befugnisnormen zum Erlass IPR-relevanter Vorschriften ermächtigen und in welchem Verhältnis diese verschiedenen gemeinschaftlichen Kompetenzen zueinander und zu den mitgliedstaatlichen Kompetenzen stehen.

⁸⁵³ von Caemmerer, Rechtsvereinheitlichung und Internationales Privatrecht, in: Leser (Hrsg.), Gesammelte Schriften, 27 (29).

⁸⁵⁴ Teil 4, A.I. und II.

⁸⁵⁵ Thun-Hohenstein, Der Vertrag von Amsterdam, 37.

I. Grundsätze der Lösung von Kompetenzkonflikten im EG-Vertrag

Grundsätzlich gilt, dass sich die Zuständigkeit der Gemeinschaft nicht notwendigerweise aus nur einer Vertragsbestimmung ergeben muss. Die Organe der Gemeinschaft können die von ihnen erlassenen Rechtsakte vielmehr kumulativ auf mehrere Ermächtigungsnormen stützen. Sind mehrere Kompetenznormen in ihrem Anwendungsbereich betroffen, besteht sogar eine entsprechende Pflicht⁸⁵⁶. Dies ergibt sich aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung⁸⁵⁷ und aus der Begründungspflicht (Art. 253 EG).

Eine Grenze ist nach Auffassung des EuGH aber dann zu ziehen, wenn in den verschiedenen Ermächtigungsgrundlagen unterschiedliche Verfahren zum Erlass des Sekundärrechts bestimmt werden⁸⁵⁸, da sonst Beteiligungsrechte und Mehrheitserfordernisse ausgehöhlt würden. Insbesondere die Beteiligung des Europäischen Parlamentes auf Gemeinschaftsebene spiegele ein grundlegendes demokratisches Prinzip wider, nach dem die Völker durch eine Versammlung ihrer Vertreter an der Ausübung der hoheitlichen Gewalt beteiligt sind⁸⁵⁹. Insofern die vorgesehenen Beteiligungsrechte des Europäischen Parlaments unterschiedlicher Art sind, sei im Zweifel diejenige Rechtsgrundlage vorzuziehen, bei der die Beteiligungsrechte des Parlamentes am stärksten ausgeprägt sind. Andernfalls käme es zu einer Störung des institutionellen Gleichgewichts. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass aus den Verfahren keine Systematik der Kompetenzen folgt⁸⁶⁰. Die Mitgliedstaaten haben teilweise bewusst integrationshemmende Verfahren eingeführt⁸⁶¹. Dies kann der EuGH zwar bedauern, hieraus aber keine Schlüsse auf das anzuwendende Verfahren und die richtige Ermächtigungsgrundlage ziehen. Eine Integration ist nur möglich, wenn sie im Einklang mit den normativ verankerten Prinzipien des Gemeinschaftsrechts steht⁸⁶². Abstimmungsmehrheiten und Beteiligungsrechte können die gleichzeitige Nutzung von Kompetenzgrundlagen ausschließen, aber für sich

⁸⁵⁶ EuGH, Rs. 165/87, Urt. v. 27.9.1988 - Zollnomenklatur - Slg. 1988, 5545 (5561, Rdnr. 11).

⁸⁵⁷ *Karpenstein*, Doppelte Rechtsgrundlagen im Gemeinschaftsrecht - ein spät ausgetragener Streit, in: Ress (Hrsg.), Rechtsprobleme der Rechtsangleichung, 55 (57).

⁸⁵⁸ EuGH, Rs. C-300/89, Urt. v. 11.6.1991 - Titandioxid - Slg. 1991, I-2867 (2900, Rdnr. 20). So auch die britische Regierung, die ein Recht der Mitgliedstaaten auf die Einhaltung der Verfahrensgarantie fordert, vgl.: *Karpenstein*, Doppelte Rechtsgrundlagen im Gemeinschaftsrecht - ein spät ausgetragener Streit, in: Ress (Hrsg.), Rechtsprobleme und Rechtsangleichung, 55 (64).

⁸⁵⁹ EuGH, Rs. C-300/89, Urt. v. 11.6.1991 - Titandioxid - Slg. 1991 I 2867 (2900, Rdnr. 20); EuGH, Rs. 138/79, Urt. v. 29.10.1980 - Roquettes Frères - Slg. 1980, 3333 (3360, Rdnr. 33).

⁸⁶⁰ *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 95, Rdnr. 47.

⁸⁶¹ *Everling*, EuR 1991, 179 (181).

⁸⁶² *Nettesheim*, EuR 1993, 243 (258).

allein keinen Vorrang bestimmter Kompetenzgrundlagen begründen⁸⁶³. Die Anwendung mehrerer Ermächtigungsgrundlagen ist weiterhin nicht möglich bei der Existenz unterschiedlicher Schrankensysteme⁸⁶⁴ und - nach der Einführung der verstärkten Zusammenarbeit - bei der Beteiligung verschiedener Staaten.

In diesen Fällen sind zur Abgrenzung der Befugnisnormen zunächst die besonderen Regelungen innerhalb der einzelnen Vorschriften zu beachten. Hierzu zählt die tatbestandliche Subsidiarität (Bsp. in Art. 308 EG: „sind im Vertrag die hierfür erforderlichen besonderen Befugnisse nicht vorgesehen“) und der Vorrang spezieller Normen⁸⁶⁵. Ansonsten sind Querschnittsklauseln zu beachten (z.B. im Umweltrecht) und es gilt, dass ausschließliche Konkurrenzen vor konkurrierenden Konkurrenzen anzuwenden sind, da diese sonst ausgehöhlt würden.

Sollte sich daraus keine Lösung ergeben, ist auf den engeren Zusammenhang abzustellen⁸⁶⁶. Dieser muss sich aus objektiven, gerichtlich nachprüfbaren Umständen ergeben⁸⁶⁷. Maßgeblich dafür sind die objektive Zielrichtung und der Inhalt der Maßnahme (Regelungsschwerpunkt⁸⁶⁸). Die Zielrichtung allein genügt nicht, da der Rat in einem solchen Fall durch das Aufnehmen entsprechender Ziele in die Begründungserwägungen die Kompetenzgrundlage steuern könnte⁸⁶⁹.

⁸⁶³ So auch: *Karpenstein*, Doppelte Rechtsgrundlagen im Gemeinschaftsrecht - ein spät ausgetragener Streit, in: Ress (Hrsg.), Rechtsprobleme und Rechtsangleichung, 55 (64).

⁸⁶⁴ *Nettesheim*, EuR 1993, 243 (256).

⁸⁶⁵ Eine Unterscheidung zwischen finalen und kompetentiellen Rechtsgrundlagen (*Nettesheim*, EuR 1993, 243 [246]) überzeugt nicht, da fast alle - zumindest alle hier in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlagen - final auf die Errichtung des Binnenmarktes oder des Gemeinsamen Marktes ausgerichtet sind. Selbst wenn sie teilweise einen kompetentiellen Gehalt haben, so ist die Finalität der Rechtsgrundlagen gerade das Kennzeichen des Gemeinschaftsrechts. Der Aufbau des Gemeinsamen Marktes oder des Binnenmarktes ist die „raison d'être“ des Gemeinschaftsrechts. Selbst wenn andere Aspekte eine immer größere Bedeutung erlangen und es durch die „dynamische Auslegung“ zu einer Ausweitung kommt, darf dieser Gesichtspunkt nicht verdeckt werden.

⁸⁶⁶ *Nettesheim*, EuR 1993, 243 (248 ff.).

⁸⁶⁷ EuGH, Rs. 45/86, Urt. v. 26.3.1987 - APS - Slg. 1987, 1493 (1520; Rdnr. 11); EuGH, Rs. C-70/88, Urt. v. 4.10.1991 - Tschernobyl II - Slg. 1991, 4529 (4564, Rdnr. 9).

⁸⁶⁸ EuGH, Rs. C-155/91, Urt. v. 17.3.1993 - Kommission/Rat - Slg. 1993, I-939 (968 f.; Rdnr. 20); EuGH, Rs. C-42/97, Urt. v. 23.2.1999 - Parlament/Rat - Slg. 1999, I-869 (897; Rdnr. 43); *von Danwitz*, EuZW 1999, 622 (625).

⁸⁶⁹ *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 95 EG, Rdnr. 52. Ein Beispiel dafür geben die Auseinandersetzungen bezüglich der Richtlinie 98/43/EG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen. Deutschland und das Vereinigte Königreich haben geltend gemacht, dass der Schwerpunkt der Maßnahme nicht in der Förderung des Binnenmarktes, sondern im Gesundheitsschutz liege. Auch der EuGH stellte fest, dass das Primärziel nicht wie vom Rat in der Zielvorgabe des Art. 1 geschrieben, die Rechtsangleichung zum Zweck der Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen und die Beseitigung von Hemmnissen des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit sei, denn diese Ziele würden mit den entsprechenden Regelungen nicht erreicht (EuGH, Rs. C-367/98, Urt. v. 5.10.2000 - Deutschland/Parlament und Rat - Slg. 2000, I-8419 [8527 ff.; Rdnr. 96 ff.]). Es dürfen nach dieser Rechtsprechung keine anderen Artikel des EG-Vertrages herangezogen werden, um den ausdrücklichen Ausschluss jeglicher Harmonisierung im Gesundheitsschutz zu umgehen. Auch wenn es in dieser Streitigkeit um die vertikale und nicht um die horizontale Kompetenzabgrenzung ging, so sind die Ausführungen des EuGH auch auf innergemeinschaftliche Kompetenzprobleme anwendbar.

Enthält der Rechtsakt inhaltlich trennbare Regelungen, so bedarf jede dieser Regelungen einer gesonderten inhaltlichen Zuordnung⁸⁷⁰.

II. Konkurrenzen zwischen Art. 65 EG und anderen Kompetenzen zur IPR-Vergemeinschaftung

Wie bereits ausgeführt⁸⁷¹, ist aufgrund der erst im Rahmen des Amsterdamer Vertrages durchgeführten Vergemeinschaftung ein spezielles Verfahren im Bereich des Art. 65 EG etabliert worden, das nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Nizza noch immer für die Maßnahmen gilt, die familienrechtliche Aspekte betreffen. Da der entsprechende Beschluss, der das Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EG einführen sollte, noch nicht gefasst wurde, gilt dieses Verfahren auch über den anvisierten Zeitraum (bis zum 30. April 2004) hinaus. Es besteht hierbei nur ein Anhörungsrecht des Europäischen Parlaments.

Im Gegensatz zu den anderen Materien des EG-Vertrages nehmen das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark nicht an Maßnahmen des Titels IV des EG-Vertrages teil⁸⁷², so dass sich der territoriale Anwendungsbereich der Maßnahmen des Art. 65 EG von dem der anderen Kompetenzen unterscheidet. Auch die Schranken differieren teilweise⁸⁷³. Die durch diese Unterschiede entstehenden Kompetenzkonflikte zwischen anderen Gemeinschaftskompetenzen und Art. 65 EG sind nach den soeben aufgestellten allgemeinen Grundsätzen zu lösen.

1. Art. 95 EG - Allgemeine Rechtsangleichung im Binnenmarkt

a. Umfang der Kompetenz

Art. 95 EG statuiert eine Kompetenz der Gemeinschaft zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Hier ist im Gegensatz zu Art. 65 EG keine gesonderte Erforderlichkeitsprüfung notwendig, da sie bei einer objektiven Ausrichtung auf den Binnenmarkt vermutet wird. Die Maßnahmen müssen nicht unbedingt in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen und aufgrund der Rechtfertigung verboten sein, sondern es genügt, wenn der Binnenmarkt durch die Rechtsangleichungsmaßnahmen peripher erfasst ist⁸⁷⁴. Ausgeschlossen sind damit nur Maßnahmen, die sich

⁸⁷⁰ Müller-Graff, EuR 1989, 107 (133); Nettesheim, EuR 1993, 243 (247).

⁸⁷¹ Teil 1, C.IV.3.

⁸⁷² Teil 1, C.IV.7.

⁸⁷³ Dies wird innerhalb der Ausführungen zu den einzelnen Normen näher erörtert.

⁸⁷⁴ So auch: Drappatz, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 51. Anders: Leible/Staudinger, ELF 2000/2001, 225 (228).

binnenmarktneutral oder gar binnenmarkthindernd auswirken. Es können also nicht nur Maßnahmen zur Beseitigung von Beschränkungen erlassen, sondern es kann auch Recht neu geschöpft werden, so dass sowohl die positive als auch die negative Integration möglich ist⁸⁷⁵. Art. 95 EG gibt damit einen weiten Spielraum zur integrationspolitischen Identifizierung von Angleichungsmaßnahmen⁸⁷⁶.

Obwohl Art. 95 EG von Maßnahmen spricht, sollen auf Grundlage dieser Vorschrift nur Richtlinien, möglichst keine Verordnungen, erlassen werden. Die Kommission hat bei der Unterzeichnung der Schlussakte zur Einheitlichen Europäischen Akte eine Erklärung abgegeben, dass sie der Rechtsetzungsform der Richtlinie den Vorzug zu geben hat⁸⁷⁷. Diese Erklärung schließt jedoch eine volle Vereinheitlichung im Rahmen einer Verordnung nicht immer aus⁸⁷⁸, denn ihre Durchsetzung ist nicht gerichtlich überprüfbar, da eine Abweichung keine Vertragsverletzung darstellt. Das ist darin begründet, dass die Kommission nicht selbst Vertragspartner der EEA ist, was zur Folge hat, dass diese Erklärung nicht als Vertragsbestandteil, sondern nur als Erklärung eines Dritten zur Geschäftsgrundlage angesehen werden muss⁸⁷⁹.

Nach Art. 95 Abs. 2 EG können keine Maßnahmen auf dem Gebiet der Freizügigkeit und der Rechte und Interessen der Arbeitnehmer getroffen werden, so dass im Kern der Bereich des freien Warenverkehrs verbleibt⁸⁸⁰. Eine Besonderheit des Art. 95 EG ist die in Abs. 4 und 5 statuierte Möglichkeit des „opting out“. Sie soll vor einer Rechtsangleichung nach unten schützen⁸⁸¹. Diese Option für die Mitgliedstaaten besteht aber nur im Rahmen der Arbeitsumwelt und des Umweltschutzes. In diese Materien spielt das IPR ohnehin nicht unmittelbar hinein, insbesondere kann die Bestimmung des auf Arbeitsverträge anwendbaren Rechts und die gerichtliche Zuständigkeit von arbeitsrechtlichen

⁸⁷⁵ Reich, EuZW 1991, 203 (203 ff.); Schelo, Rechtsangleichung im Europäischen Zivilprozeßrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz, 35 ff.

⁸⁷⁶ Müller-Graff, EuR 1989, 105 (131).

⁸⁷⁷ ABl. EG 1987 Nr. L 169, 24. Dieser Grundsatz wurde nun auch allgemein für alle Rechtsangleichungsmaßnahmen in Ziff. 6 des Subsidiaritätsprotokolles (ABl. EG 1997 Nr. C 340, 105) festgelegt, allerdings unter der Einschränkung, dass das Ziel der Maßnahme in zufriedenstellender Weise erreicht wird. Die Einhaltung des Subsidiaritätsprotokolles ist im Gegensatz zur Kommissionserklärung auch rechtlich überprüfbar (Ziff. 13 des Protokolls i. V. m. Art. 230 EG).

⁸⁷⁸ Basedow, CMLR 1996, 1169 (1187), führt insbesondere die auf Art. 95 EG gestützte VO 1786/92 an.

⁸⁷⁹ Ress, Löst Art. 100 a EWGV die Probleme der Rechtsangleichung des Einheitlichen Binnenmarktes?, in: Ress (Hrsg.), Rechtsprobleme der Rechtsangleichung, 11 (14).

⁸⁸⁰ Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 95, Rdnr. 6.

⁸⁸¹ Gundel, JuS 1999, 1171 (1173).

Streitigkeiten nicht umfasst sein, da diese Harmonisierung aufgrund von Art. 95 Abs. 2 EG ausgeschlossen ist⁸⁸².

Die Binnenmarktrelevanz des IPR wurde bereits erläutert⁸⁸³, so dass ein Tätigwerden auf diesem Gebiet zur Beseitigung von Beschränkungen, also zum Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist. Da sich Art. 95 Abs. 2 EG primär auf den freien Warenverkehr bezieht⁸⁸⁴, sind also im Wesentlichen das Schuldrecht, das Mobiliarsachenrecht und außervertragliches Haftungsrecht sowie dementsprechendes Prozessrecht umfasst. Ein nicht unbedeutender Teil dieser Materien ist bereits im EVÜ geregelt⁸⁸⁵, dessen Vergemeinschaftung bereits in die Wege geleitet wurde⁸⁸⁶.

Die Gemeinschaft hat Art. 95 EG schon des Öfteren als Kompetenzgrundlage für international-privatrechtliche Regelungen genutzt. Von Bedeutung sind insbesondere die Verbraucherschützenden Richtlinien. Durch die in diese eingefügten kollisionsrechtlichen und verfahrensrechtlichen Regelungen⁸⁸⁷ sollte der Gefahr, dass dem Verbraucher der in den Richtlinien aufgestellte Schutz entzogen wird, indem das Recht eines Drittlandes zum auf den Vertrag anwendbaren Recht erklärt wird, entgegengewirkt werden⁸⁸⁸.

Art. 95 EG beinhaltet also eine Kompetenz zur Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts und des internationalen Verfahrensrechts⁸⁸⁹, soweit der freie Warenverkehr betroffen ist.

b. Verhältnis zu Art. 65 EG

Art. 95 EG ist subsidiär gegenüber speziellen Kompetenzen zur Verwirklichung des Binnenmarktes⁸⁹⁰. Dies ergibt sich schon aus Art. 95 EG selbst: „Soweit in

⁸⁸² Nur der Schutz der Sicherheit und Gesundheit von Arbeitnehmern ist weiterhin von Art. 95 Abs. 1 EG umfasst, *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 95, Rdnr. 6.

⁸⁸³ Teil 2, B.I.1.

⁸⁸⁴ *Glaesner*, Bemerkungen zur Interpretation von Art. 100 a EWGV, in: Ress (Hrsg.), Rechtsprobleme der Rechtsangleichung, 37 (42).

⁸⁸⁵ *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 373 (431).

⁸⁸⁶ Teil 3, C.IV.3.

⁸⁸⁷ Bsp.: Art. 6 Abs. 2 Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl.EG 1993, Nr. L 95, 29), Art. 9 Timesharingrichtlinie (ABl.EG 1994 Nr. L 280, 83 ff.), Art. 12 Abs. 2 Fernabsatzrichtlinie (ABl.EG 1997 Nr. L 144, 19 ff.), Art. 7 Abs. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (ABl.EG 1995 Nr. L 171, 12 ff.), Art. 12 Abs. 2 Richtlinie über den Fernabsatz bei Finanzdienstleistungen (ABl.EG 2002 Nr. L 271, 16 ff.).

⁸⁸⁸ Bsp.: RL 97/7/EG (ABl.EG 1997 Nr. L 19, 21 [Erwägungsgrund 23]); RL 94/47/EG (ABl.EG 1994 Nr. L 280, 83 [84, Erwägungsgrund 14]); RL 93/13/EWG (ABl.EG 1993 Nr. L 95, 29 [30]).

⁸⁸⁹ So auch: *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 50.

⁸⁹⁰ *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 95, Rdnr. 47.

diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist, ...“. Problematisch ist aber, ob Art. 65 EG als eine solche Spezialvorschrift anzusehen ist. Wie schon dargestellt wurde, dient auch er der Verwirklichung des Binnenmarktes, jedoch unter der Einschränkung der zu vereinheitlichenden oder zu harmonisierenden Materien.

Auf eine solche Subsidiarität könnte es aber dann nicht ankommen, wenn sich die Vorschriften schon nach ihrem Regelungsgehalt abgrenzen lassen, wenn also auf unterschiedliche Gebiete bezogene Kollisionsnormen und Normen des IZVR jeweils auf die verschiedenen Vorschriften gestützt werden müssten. Eine solche Abgrenzung zwischen Art. 95 EG und Art. 65 EG könnte sich aus Abs. 2 der allgemeinen Rechtsangleichungsvorschrift ergeben. Diese gilt hiernach, wie schon ausgeführt, nicht für Bestimmungen über die Freizügigkeit⁸⁹¹ und nicht für solche über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer. Art. 65 EG könnte also immer dann vorrangig sein, wenn das Primärziel der Maßnahme die Erleichterung der Einreise oder des freien Personenverkehrs bzw. die Durchsetzung von Arbeitnehmerinteressen wäre. Auf Art. 95 EG wäre dagegen zurückzugreifen, wenn es um die Harmonisierung der Produktionsfaktoren geht⁸⁹². Eine Anwendung des Art. 65 EG würde also dann in Frage kommen, wenn Art. 95 EG aufgrund seines Abs. 2 ausscheidet⁸⁹³. Er wäre damit nur als Ergänzung des Art. 95 EG anzusehen⁸⁹⁴. Eine solche Abgrenzung der Kompetenzen für die Vergemeinschaftung des IPR müsste jedoch der Zielrichtung des Art. 95 Abs. 2 EG entsprechen. Die Einführung der Vorschrift verfolgte einen doppelten Zweck. Zum einen wollten die Mitgliedstaaten bei der Etablierung eines von der allgemeinen wirtschaftlichen Tätigkeit unabhängigen Aufenthaltsrechts nicht überstimmt werden und zum anderen wollten sie verhindern, dass die Abschaffung von Personenkontrollen an Grenzübergängen mit Mehrheitsentscheidung geregelt werden kann⁸⁹⁵. Beide mitgliedstaatlichen Bedenken würden durch die Harmonisierung des IPR nicht tangiert.

⁸⁹¹ Die Freizügigkeit muss hier durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit definiert werden, da sich diese Norm ausdrücklich auf Art. 14 Abs. 2 EG bezieht. Sie ist somit enger als der im Titel IV verwendete Begriff des „freien Personenverkehrs“. So auch: *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 56.

⁸⁹² So beispielsweise: *Röben*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Amsterdamer Fassung), Art. 61, Rdnr. 10, der eine genaue Abgrenzung nach dem Ziel der Maßnahme bejaht. *Israël*, MJ 2000, 81 (92); *Kotuby*, NILR 2001, 1 (6); *Wiedmann*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 65, Rdnr. 20 f.

⁸⁹³ *Basedow*, CMLR 2000, 687 (697); *ders.*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 19 (31 f.); *Israël*, MJ 2000, 81 (90).

⁸⁹⁴ Siehe auch: *Kohler*, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1999, 1 (17); *Basedow*, CMLR 2000, 687 (697).

⁸⁹⁵ *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Bd. 2, Art. 95, Rdnr. 58.

Im Übrigen ist fraglich, wie eine solche Abgrenzung nach dem freien Personenverkehr realisiert werden soll. Es ist grundsätzlich vom objektiven Zweck der Maßnahme auszugehen. Dies impliziert aber zum einen, dass ein solcher eindeutig bestimmbar ist und zum anderen auch nur ein einziger Zweck besteht - entweder freier Personenverkehr oder freier Warenverkehr. Während die Regelung des Gesellschaftsstatuts zweifellos unter den freien Personenverkehr fällt⁸⁹⁶, denn die Frage der Rechts- und Geschäftsfähigkeit von Gesellschaften kann alle drei personenbezogenen Grundfreiheiten betreffen, und auch das Familienrecht (Ehestatut, Scheidungsstatut, Sorgerechtsstatut) und Erbrecht umfasst sind, ist eine Zuordnung anderer Materien nicht zweifelsfrei möglich. Probleme bereitet beispielsweise das Schuldrecht und hier insbesondere das Kaufrecht. Zwar können die Produkte an sich den freien Warenverkehr betreffen, aber die Möglichkeit, zu verkaufen oder nicht, kann auch der Dienstleistungsfreiheit zugeordnet werden, zumal die Grundfreiheiten weit auszulegen sind. Ähnlich ist die Lage bezüglich des Rechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse oder des Erwerbs beweglicher Sachen zu beurteilen⁸⁹⁷. Diese Materien können sowohl den Warenverkehr als auch den freien Personenverkehr betreffen. Das Personalstatut, insbesondere die Rechts- und Geschäftsfähigkeit natürlicher Personen, spielt ebenfalls sowohl im Waren- als auch im Dienstleistungsverkehr eine Rolle. Wollte man einer solchen Abgrenzung folgen, müsste man konsequenterweise zwei Kollisionsrechte in den Materien erlassen, deren Zuordnung nicht hundertprozentig möglich ist. Dies kann aber nicht der Sinn und Zweck der Überführung der Zusammenarbeit in Zivilsachen in das Gemeinschaftsrecht sein. Außerdem ist der konkrete Anwendungsbereich jedes dieser Kollisionsrechte schwer zu bestimmen. Eine Abgrenzung nach Art. 95 Abs. 2 EG hilft demnach nicht weiter.

Basedow nimmt deshalb eine indirekte Auswirkung des Art. 65 EG auf die Auslegung des Art. 95 EG an: Bisher sei nicht eindeutig gewesen, ob unterschiedliche IPR den Binnenmarkt behindern. Dies stelle Art. 65 EG nunmehr fest, so dass die entsprechenden Akte jetzt auf Art. 95 EG gestützt werden könnten⁸⁹⁸. Über Jahre wurde indes die Möglichkeit eines Vorgehens der Gemeinschaft im Bereich des Privatrechts verneint. Es ist dann aber unverständlich, nach Einführung des Art. 65 EG, der sich ausdrücklich auf die Zusammenarbeit in Zivilsachen richtet und als Kompetenznorm ausgestaltet ist,

⁸⁹⁶ EuGH, Rs. C-208/00, Urt. v. 5.11.2002 – Überseering – Slg. 2002, 9919 (9965, Rdnr. 59)

⁸⁹⁷ *Basedow*, CMLR 2000, 687 (698); *Israël*, MJ 2000, 81 (96).

⁸⁹⁸ *Basedow*, CMLR 2000, 687 (698); *ders.*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 19 (33). A.A.: *Mansel*, Zum Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 1 (8).

anzunehmen, dass eine Vergemeinschaftung weiter Materien des Privatrechts auf den schon vorher bestehenden Art. 95 EG gestützt werden können und Art. 65 EG als Befugnisnorm leer laufe. Ein Rückgriff auf rein politische Gründe⁸⁹⁹ überzeugt nicht, denn dann hätten die Mitgliedstaaten nur die Erklärung abgeben müssen, dass auch die Vergemeinschaftung des IPR unter Art. 95 EG fällt. Sie haben aber eine neue präzise Vorschrift mit speziellen Verfahren eingeführt. Auch die von *Kohler* vorgeschlagene Abgrenzung nach der Intensität des Binnenmarktbezuges – je enger dieser sei, umso mehr sei Art. 95 EG einschlägig⁹⁰⁰ – findet keine Stütze im EG-Vertrag. Sie ist deshalb und wegen der schweren Handhabbarkeit abzulehnen.

Die Abgrenzung ist vielmehr nach dem oben angeführten Spezialitätsgrundsatz zu lösen. Vieles spricht für eine Spezialität des Art. 65 EG. Diese ergibt sich daraus, dass die Regelung im Rahmen eines neuen Arbeitsprogramms - der Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts - vergemeinschaftet wurde und dieses neue Programm dann auch durch Nutzung der neuen Kompetenzvorschriften verwirklicht werden sollte⁹⁰¹. Soll dieses Arbeitsprogramm realisiert werden, also z.B. ein besserer Zugang zum Recht gewährleistet werden, muss Art. 65 EG vorrangig sein. Diese Norm eröffnet die Möglichkeit der Schaffung positiver Standards im Rahmen einer kohärenten Gestaltung des gesamten IPR und IZVR⁹⁰². Dagegen muss Art. 95 EG Anwendung finden, wenn die kollisionsrechtliche Regelung nur eine Begleitbestimmung ist, beispielsweise der Durchsetzung und Sicherung von gemeinschaftsweit erreichten Standards dient. Im Rahmen des Verfahrensrechts können auf Grundlage des Art. 95 EG ergänzende Maßnahmen zur Mindestharmonisierung getroffen werden, ohne detaillierte Vorgaben zur Verfahrensausgestaltung zu machen⁹⁰³. Art. 65 EG ist also die richtige Ermächtigungsgrundlage für eine umfassende Vergemeinschaftung des IPR⁹⁰⁴, wohingegen Art. 95 EG weiter als Ermächtigungsgrundlage für punktuelle Regelungen greift (insofern diese noch notwendig sind). Die neue Kompetenz

⁸⁹⁹ *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 63, führt an, dass eine durchaus zulässige Vereinheitlichung im Rahmen des Art. 95 EG Widerständen der Mitgliedstaaten ausgesetzt gewesen wäre. Der Grund für die Einführung des Art. 65 EG läge deshalb im politischen Bereich.

⁹⁰⁰ *Kohler*, Der europäische Justizraum für Zivilsachen und das Gemeinschaftskollisionsrecht, 13.

⁹⁰¹ *Remien*, CMLR 2001, 53 (73).

⁹⁰² Für das grenzüberschreitende Prozessrecht: *Heß*, NJW 2000, 23 (30); *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 119.

⁹⁰³ *Heß*, JZ 2000, 573 (575). Dagegen will *Kohler*, Der Europäische Justizraum für Zivilsachen und das Gemeinschaftskollisionsrecht, 15, alle Maßnahmen, die den effektiven grenzüberschreitenden Rechtsschutz bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten betreffen, wegen der hohen Intensität auf Art. 95 EG stützen.

⁹⁰⁴ *Schelo*, Rechtsangleichung im europäischen Zivilprozeßrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz, 73 ff.; *Wagner*, IPRax 2002, 75 (85); *Leible*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 65, Rdnr. 30.

findet damit auf „Großprojekte“ Anwendung, wie sie bisher im Rahmen der dritten Säule als Übereinkommen der Mitgliedstaaten geschlossen und geplant wurden⁹⁰⁵. Da ein solches „Großprojekt“ hier in Frage steht, ist Art. 65 EG spezieller.

2. Art. 94 EG - Rechtsangleichung im Gemeinsamen Markt

a. Umfang der Kompetenz

Art. 94 EG gibt eine Kompetenz zur Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken. Die Vorschrift wird somit durch das Erfordernis des Bezuges zum Gemeinsamen Markt beschränkt. Der Gemeinsame Markt setzt sich primär, wie der Binnenmarkt, aus drei wesentlichen Komponenten zusammen: der Verwirklichung der Grundfreiheiten innerhalb des Marktes, der Verwirklichung der Zollunion nach außen und der Gewährleistung unverfälschter Wettbewerbsbedingungen⁹⁰⁶. Zusätzlich sind aber auch die Agrar-, Handels- und Verkehrspolitik umfasst⁹⁰⁷. Er hat den Abbau von Hindernissen für die Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft, nicht aber - im Gegensatz zum Binnenmarkt - die völlige Beseitigung der Abschirmungswirkung von Binnengrenzen zum Inhalt⁹⁰⁸.

Bei einem Vergleich⁹⁰⁹ ist festzustellen, dass der Binnenmarkt qualitativ ein Mehr und quantitativ ein Weniger im Vergleich zum Gemeinsamen Markt darstellt⁹¹⁰. Art. 94 EG betrifft damit alle Regelungen, die die Herstellung, Beschaffenheit, Verwendung und Vermarktung von Waren betreffen, denn sie wirken sich unmittelbar auf die Freiheit des Wirtschaftsverkehrs im Gemeinsamen Markt aus⁹¹¹. Für das IPR ergeben sich deshalb im Vergleich zu Art. 95 EG keine

⁹⁰⁵ *Jayme/Kohler*, IPRax 1997, 385 (386).

⁹⁰⁶ *Seidel*, Die Vollendung des Binnenmarktes der Europäischen Gemeinschaft als Rechtssetzungsprozeß, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Steindorff, 1455 (1457).

⁹⁰⁷ *Zacker*, RIW 1989, 489 (490); *Hayder*, *RabelsZ* 1989, 622 (636); *Streinz*, *Europarecht*, Rdnr. 954.

⁹⁰⁸ *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), *Kommentar zum EU- und EG-Vertrag* Artikel 14, Rdnr. 10.

⁹⁰⁹ Zum Verhältnis zwischen beiden Rechtsbegriffen lassen sich in der Literatur drei Ansichten ausmachen. Es wird von einem Mehr, einem Weniger oder von Identität ausgegangen. Zusammenfassende Darstellung bei: *Müller-Graff*, *EuR* 1989, 105 (123); *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Artikel 14, Rdnr. 6 ff.

⁹¹⁰ Auch der Ansicht von *Hayder*, *RabelsZ* 1989, 623 (692), der den Binnenmarkt als Innenbereich des Gemeinsamen Marktes sieht, ist entgegenzutreten, da ersterer vielmehr eine neue Integrationsstufe darstellt. Es ist vielmehr *Dausies*, *EuZW* 1990, 8 (10), zuzustimmen, der den Gemeinsamen Markt als Vorstufe des Binnenmarktes sieht.

⁹¹¹ *Everling*, Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Steindorff, 1155 (1159).

Unterschiede. Auch hier sind nur die Materien umfasst, die einen Bezug zur Warenverkehrsfreiheit haben, also das Vertragsrecht, Sachenrecht und produktbezogenes außervertragliches Haftungsrecht. Die anderen im Vergleich zum Binnenmarkt zusätzlichen Bereiche haben keinen Bezug zum IPR.

Auf Grundlage des Art. 94 EG wurden die Richtlinie über irreführende Werbung⁹¹² und die Produkthaftungsrichtlinie⁹¹³ erlassen. Sie betreffen den Regelungsbereich des Privatrechts, enthalten aber keine kollisionsrechtlichen Regelungen, da solche für ihren Regelungszweck nicht erforderlich waren. Die Gemeinschaft hat noch keine IPR-relevanten Vorschriften auf Art. 94 EG gestützt.

b. Verhältnis zu Art. 65 EG

Eine ausdrückliche Statuierung des Konkurrenzverhältnisses wie zwischen Art. 94 EG und Art. 95 EG existiert nicht⁹¹⁴. Insbesondere hat die Unterscheidung zwischen Gemeinsamen Markt und Binnenmarkt hier keine eigenständige Bedeutung⁹¹⁵. Wenn jedoch Art. 65 EG für die Rechtsangleichung im Rahmen des IPR spezieller ist als die allgemeine Rechtsangleichungsnorm des Art. 95 EG, dann muss dies erst recht für die ebenfalls allgemeine Regelung des Art. 94 EG gelten, da diese Vorschrift schon nachrangig gegenüber Art. 95 EG ist.

3. Art. 44 EG - Koordinierung von Schutzbestimmungen zugunsten von Gesellschaften

a. Umfang der Kompetenz

Auch spezielle Rechtsangleichungskompetenzen direkt im Rahmen der Grundfreiheiten können das IPR betreffen. Hier ist insbesondere an Art. 44 Abs. 2 lit. g EG im Bereich des Gesellschaftsrechts zu denken. Dieser ermöglicht die Koordinierung von mitgliedstaatlichen Schutzvorschriften, deren Einhaltung Gesellschaften im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind.

Die Stellung dieser Vorschrift im Bereich der Niederlassungsfreiheit zeigt, dass eine Koordination der mitgliedstaatlichen Vorschriften jedoch nur insoweit möglich ist, als diese zur Gewährleistung und Förderung der

⁹¹² ABLEG 1984 Nr. L 250, 17.

⁹¹³ ABLEG 1985 Nr. L 210, 29.

⁹¹⁴ *Glaesner*, Bemerkungen zur Interpretation von Art. 100 a EWGV, in: Ress (Hrsg.), Rechtsprobleme der Rechtsangleichung, 37 (39).

⁹¹⁵ EuGH, Rs. C-350/92, Urt. v. 13.7.1995 - Spanien/Rat - Slg. 1995, I-1985 (2014; Rdnr. 32 ff.); *Gundel*, JuS 1999, 1171 (1172).

Niederlassungsfreiheit der Unternehmen erforderlich ist⁹¹⁶. Dabei ist von einem weiten Anwendungsgebiet auszugehen, so dass das gesamte mitgliedstaatliche Gesellschaftsrecht umfasst ist⁹¹⁷. Dazu gehört nach weit verbreiteter und hier zu folgender Meinung auch eine Angleichung gesellschaftsrechtlicher Kollisionsnormen⁹¹⁸. Koordination in diesem Sinne kann nur eine Rechtsangleichung, nicht aber eine Vereinheitlichung bedeuten, denn die Normen sind lediglich gleichwertig zu gestalten⁹¹⁹.

b. Verhältnis zu Art. 65 EG

Auch diese Vorschrift bezieht sich nur auf ein Rechtsgebiet, so dass hier auf die Ausführungen zu Art. 95 EG⁹²⁰ verwiesen wird. Es ist damit nach dem Spezialitätsgrundsatz abzugrenzen. Diese Abgrenzung findet ihre Bestätigung in der Rechtsetzung bezüglich der europäischen Gesellschaftsformen, für welche die Gemeinschaft Art. 95 EG oder Art. 308 EG als Rechtsgrundlagen heranzog⁹²¹, während Art. 44 Abs. 2 lit. g EG als nicht ausreichend angesehen wurde⁹²². Der Grund dafür liegt darin, der Gefahr zu begegnen, die Aufgaben der allgemeinen Rechtspolitik zu usurpieren⁹²³. Dies gilt auch für das Kollisionsrecht. Art. 65 EG ist eine allgemeine Rechtsangleichungsnorm für das Kollisionsrecht. Sie ist für die Vergemeinschaftung des IPR als Verwirklichung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vorrangig vor Art. 44 EG anzuwenden.

⁹¹⁶ *Hinz*, ZEuP 1994, 553 (556). Anders: *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 44, Rdnr. 12; *Müller-Huschke*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 44, Rdnr. 18 f.

⁹¹⁷ *Deckert/Lilienthal*, EWS 1998, 121 (124). Auf die Streitfragen bezüglich der Einbeziehung auch neuer Strukturen und der Ausweitung auf Aufhebung der Beschränkungen der Kapital- und Warenverkehrsfreiheit muss hier nicht eingegangen werden, da in jedem Mitgliedstaat bereits kollisionsrechtliche Strukturen im Gesellschaftsrecht existieren und weil durch die verschiedene Bestimmung der Gesellschaftsstatute zumindest auch die Niederlassungsfreiheit berührt wird. Anders: *Müller-Huschke*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 44, Rdnr. 23, der ausführt, dass jedenfalls nicht alle Normen des Gesellschaftsrechts umfasst sind.

⁹¹⁸ *Schwartz/Mölls*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 293, Rdnr. 105.

⁹¹⁹ *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 9; *Müller-Huschke*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 44 EG, Rdnr. 17. A.A.: *Basedow*, Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die EG, in: Due (Hrsg.), Festschrift für Everling, 49 (61).

⁹²⁰ Teil 3, B.II.1.b.

⁹²¹ Die Verordnung über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (ABl.EG 1985, Nr. L 199, 1) ist auf Art. 308 EG gestützt. Rechtsgrundlage für den Vorschlag für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft ist Art. 95 EG. Gleiches gilt für den Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut eines Europäischen Vereins (ABl.EG 1992, Nr. C 99, 1), den Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Genossenschaft (ABl.EG 1992, Nr. C 99, 7) und den Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft (ABl.EG 1992, Nr. C 99, 40).

⁹²² *Müller-Huschke*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 44, Rdnr. 32.

⁹²³ *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 10.

4. Art. 47 Abs. 2 EG - Koordinierung der Vorschriften über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten

a. Umfang der Kompetenz

Art. 47 Abs. 2 EG ermächtigt zum Erlass von Richtlinien mit dem Ziel, durch die gegenseitige Anerkennung oder allgemeine Koordinierung der mitgliedstaatlichen Vorschriften über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten die Niederlassungsfreiheit durchzusetzen. Über die Verweisung des Art. 55 EG gilt diese Vorschrift auch für das Dienstleistungsrecht. Von dieser Vorschrift sind alle Maßnahmen erfasst, die notwendig sind, um die Erleichterung der Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten im Rahmen des Niederlassungsrechts zu erreichen⁹²⁴. Die Koordinierung bildet die Voraussetzung der gegenseitigen Anerkennung. Auch im Rahmen dieser Norm wird Koordinierung als Synonym für Angleichung verstanden⁹²⁵.

Diese Angleichungsvorschrift betrifft primär öffentlich-rechtliche Regelungen. Es sind jedoch auch Normen des Gesellschaftsrechts umfasst⁹²⁶. Bestimmungen des internationalen Gesellschaftsrechts können aber nach ihrem Regelungszweck nicht unmittelbar als Vorschriften über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten verstanden werden. Bedeutung für das IPR erlangt Art. 47 Abs. 2 EG aber in Verbindung mit der Dienstleistungsfreiheit. Aufgrund dieses Verweises kann die Gemeinschaft Vorschriften koordinieren, die sich direkt auf die Unternehmen oder die Art und Weise der Dienstleistungserbringung beziehen⁹²⁷. Dies kann auch beim IPR der Fall sein, wenn beispielsweise das für eine spezielle Dienstleistung anzuwendende Recht bestimmt wird. Auf Grundlage von Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EG wurden beispielsweise die kollisionsrechtlichen Regelungen der Versicherungsrichtlinien⁹²⁸ und Finanzdienstleistungen⁹²⁹ erlassen.

⁹²⁴ *Schlag*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 47 EG, Rdnr. 20.

⁹²⁵ *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 47, Rdnr. 10. Anders: *Schlag*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 47, Rdnr. 20, der die Koordinierung als Minus zu einer Vereinheitlichung und als Plus gegenüber einer reinen Mindestharmonisierung sieht. Weitere Ansicht: *Lochner*, ZgS 1962, 35 (55), der unter Koordinierung auch die Vereinheitlichung fasst.

⁹²⁶ *Deckert/Lilienthal*, EWS 1999, 121 (129).

⁹²⁷ *Schlag*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 47, Rdnr. 23.

⁹²⁸ Art. 7 der zweiten Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) (ABl.EG 1988 Nr. L 172, 1 ff.); Art. 4 der zweiten Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) (ABl.EG 1990 Nr. L 330, 50 ff.).

⁹²⁹ Art. 12 Abs. 2 Richtlinie über den Fernabsatz bei Finanzdienstleistungen (ABl.EG 2002 Nr. L 271, 16 ff.).

b. Verhältnis zu Art. 65 EG

Für allgemeine kollisionsrechtliche Regelungen stellt Art. 65 EG ebenfalls die speziellere Norm dar. Auf Grundlage von Art. 47 Abs. 2 EG können nur Annexregelungen bei der Harmonisierung spezieller Bereiche getroffen werden.

5. Art. 46 Abs. 2 (i.V.m. Art. 55) EG – Koordinierung der Sonderregelungen für Ausländer

Art. 46 Abs. 2 EG ermächtigt zur Koordinierung der Rechtsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Sie begründet damit eine inhaltliche Ausnahme von der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit. Die Norm bezieht sich vordringlich auf das Ausländerpolizeirecht⁹³⁰. Die Begriffe öffentliche Sicherheit und Ordnung sind eng auszulegen⁹³¹.

Eine Möglichkeit des Vorgehens nach dieser Vorschrift setzt voraus, dass es in den Anwendungsbereich fallende IPR-Vorschriften gibt, die im Rahmen der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit diskriminieren. Wie bereits erörtert, wirken weder die Sitz- noch die Gründungstheorie diskriminierend⁹³². Diese Norm ist damit nicht einschlägig.

6. Art. 153 EG - Verbraucherschutz

a. Umfang der Kompetenz

Der Verbraucherschutz wurde in den EG-Vertrag als Politik eingeführt, weil zur Realisierung des Binnenmarktes neben der Anbietertätigkeit auch die Nachfragertätigkeit stimuliert werden muss⁹³³. Gleichzeitig muss der Verbraucher aber in seinem Tätigsein geschützt werden. Die Vorschrift des Art. 153 EG gibt nach ihrem Abs. 3 lit. b der EG nunmehr eine Kompetenz zum Erlass von Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der Mitgliedstaaten. Dies wird teilweise auch als Kompetenz zur Vereinheitlichung des Verbraucherschutzrechts, insbesondere des Verbraucherverfahrensrechts betrachtet⁹³⁴ und damit begründet, dass die Einführung dieser Vorschrift sonst überflüssig gewesen wäre. Der Verbraucherschutz flankiere lediglich den Binnenmarkt und sei aus diesem Grunde als eigenständige Kompetenz zu

⁹³⁰ *Schlag*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 46, Rdnr. 3.

⁹³¹ *Schlag*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 46, Rdnr. 6; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 46, Rdnr. 1.

⁹³² Siehe Teil 2, B.I.3.b.cc.

⁹³³ Ausführlich: *Heiss*, ZEuP 1996, 625 (626); *Büßer*, Das Widerrufsrecht des Verbrauchers, 33.

⁹³⁴ *Schelo*, Rechtsangleichung im europäischen Zivilprozessrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz, 76.

verstehen. Dem steht aber schon die Differenzierung zwischen binnenmarktrelevanten und anderen Maßnahmen in Art. 153 Abs. 3 EG entgegen. Der Möglichkeit der Vereinheitlichung auf Grundlage des Abs. 3 lit. b widerspricht ausdrücklich die Ausgestaltung als Beitragspolitik. Maßnahmen, die den Binnenmarkt betreffen, sind vielmehr aufgrund des Verweises von Art. 153 Abs. 3 lit. a auf Art. 95 EG zu stützen⁹³⁵. Ist der Binnenmarkt nicht tangiert, kann die Gemeinschaft die mitgliedstaatliche Politik nur unterstützen. Diese Politik hat damit eine reine Ergänzungsfunktion⁹³⁶ und wird den mitgliedstaatlichen Politiken⁹³⁷ und anderen Gemeinschaftspolitiken untergeordnet. Die Querschnittsklausel des Abs. 2, nach der die Belange des Verbraucherschutzes bei der Verwirklichung der anderen Gemeinschaftspolitiken zu berücksichtigen sind, verdeutlicht dies. Für das IPR ist deshalb zu folgern, dass es nur dann von Art. 153 Abs. 3 lit. b EG umfasst ist, wenn dadurch die mitgliedstaatliche Politik unterstützt wird und der Binnenmarkt nicht betroffen ist. Es wurde jedoch schon nachgewiesen, dass das IPR sehr wohl Binnenmarktrelevanz besitzt, so dass nicht Art. 153 Abs. 3 lit. b EG einschlägig ist, sondern über Art. 153 Abs. 3 lit. a EG auf Art. 95 EG verwiesen wird.

b. Verhältnis zu Art. 65 EG

Eine Kollision zwischen Art. 65 EG und Art. 153 Abs. 3 lit. b EG kann nicht entstehen, da dieser nur als Beitragspolitik für außerhalb des Binnenmarktes liegende Aspekte ausgestaltet ist. Die im Rahmen des Binnenmarktes liegenden Rechtsakte sind auf Art. 95 EG zu stützen, der jedoch im Rahmen des allgemeinen Kollisionsrechts und internationalen Verfahrensrechts von Art. 65 EG verdrängt wird. Dies gilt nur dann nicht, wenn im Rahmen verbraucherrechtlicher Rechtsakte Kollisionsnormen als Begleitnormen mitbehandelt werden, um deren Anwendungsbereich zu regeln. Gleiches gilt für das internationale Verfahrensrecht⁹³⁸. Art. 153, 95 EG geben deshalb nur die Kompetenz zur Regelung verbrauchertypischer Nebenelemente, nicht jedoch für ein selbstständiges internationales Verbraucherverfahrensrecht.

⁹³⁵ Dies folgt daraus, dass das Verbraucherschutzrecht binnenmarkterheblich ist, weil es bei fehlender Harmonisierung zu Wettbewerbsverzerrungen auf der Seite der Anbieter führt, *Heiss*, ZEuP 1996, 625 (634); *Büßer*, Das Widerrufsrecht des Verbrauchers, 33, 36.

⁹³⁶ *Berg*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 153, Rdnr. 11.

⁹³⁷ *Wichard*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 153, Rdnr. 18.

⁹³⁸ *Schelo*, Rechtsangleichung im europäischen Zivilprozeßrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz, 80.

7. Art. 71 I lit. a EG - Internationaler Verkehr

a. Umfang der Kompetenz

Art. 71 Abs. 1 lit. a EG gibt dem Rat die Kompetenz zur Herstellung der Dienstleistungsfreiheit für den Personen- und Warentransport⁹³⁹, indem er gemeinsame Regeln für den Verkehr aus dem oder in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates oder für den Durchgangsverkehr durch das Hoheitsgebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten aufstellt. Auf Grundlage dieser Vorschrift hat der Rat bestimmt, dass auf Kabotageverträge zwingende Vorschriften⁹⁴⁰ des Aufnahmemitgliedstaates anzuwenden sind⁹⁴¹.

b. Verhältnis zu Art. 65 EG

Art. 71 EG greift nur, wenn es sich um Begleitmaßnahmen, beispielsweise die Anwendung zwingender Bestimmungen auf dem speziellen Gebiet des Verkehrs, insbesondere von Transportverträgen, handelt. Das auf diese Verträge anwendbare Recht im Allgemeinen ist aber unter Zugrundelegung von Art. 65 EG zu bestimmen.

8. Art. 83 Abs. 1 EG - Wettbewerbsregeln

Art. 83 Abs. 1 EG ermächtigt zum Erlass von Verfahrensvorschriften oder zur inhaltlichen Konkretisierung⁹⁴² der Wettbewerbsfreiheit, insbesondere zur Verhinderung von den Handel schädigenden Unternehmensabsprachen und der missbräuchlichen Ausnutzung der beherrschenden Stellung. Art. 81 Abs. 2 EG enthält schon eine zivilrechtliche Vorschrift, indem er entsprechende Unternehmensabsprachen für nichtig erklärt. Er etabliert damit die Nichtigkeit als gemeinschaftliches Rechtsinstitut⁹⁴³. Hieraus könnte geschlossen werden, dass auch Art. 83 Abs. 1 EG zum Erlass privatrechtlicher Vorschriften und damit auch zur Bestimmung des anwendbaren Rechts ermächtigt. Indem jedoch die Folge des Abschlusses solcher Verträge autonom bestimmt wird, macht der EG-Vertrag deutlich, dass die Lösung eigenständig auf Gemeinschaftsebene, ohne Heranziehung nationaler Verfahrens- oder Sachvorschriften gefunden werden soll. Die nationalen Vorschriften werden vielmehr allein durch die

⁹³⁹ Stadler, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 71, Rdnr. 7.

⁹⁴⁰ Basedow, ZHR 1992, 413 (427).

⁹⁴¹ Art. 5 Abs. 1 lit. a VO 4059/89 (ABl. EG 1989 Nr. L 390, 1); Art. 3 Abs. 1 lit. a VO 2921/91 (ABl. EG 1991 Nr. L 373 1), Art. 4 Abs. 1 lit. a VO 2454/92 (ABl. EG 1992 Nr. L 251, 1); Art. 6 Abs. 1 lit. a VO 3118/93 (ABl. EG 1993 Nr. L 279, 1).

⁹⁴² Jung, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 83, Rdnr. 5; Deckert/Lilienthal, EWS 1999, 121 (124).

⁹⁴³ Schröter, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, vor Art. 81, Rdnr. 225.

mitgliedstaatlichen Behörden in den stattfindenden parallelen Wettbewerbsverfahren angewandt.

9. Art. 42 EG - Soziale Sicherheit

Nach Art. 42 EG ist die soziale Sicherheit bei Inanspruchnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu gewährleisten. Die nationalen Sicherungssysteme sollen aufeinander abgestimmt werden. Dies wird auch durch die Koordinierung der Kollisionsnormen sichergestellt, indem grundsätzlich nur das Recht eines Staates auf einen Sachverhalt Anwendung findet⁹⁴⁴. Solche Regelungen befinden sich in Art. 13 ff. VO 1408/71. Strittig ist aber die Einordnung des Sozialrechts in das öffentliche Recht oder in das Privatrecht. Die sozialrechtlichen Rechtsanwendungsnormen werden als nicht klassifizierbar betrachtet. Sie gehören weder dem internationalen Verwaltungsrecht noch dem IPR an⁹⁴⁵. Dies folgt aus der öffentlich-rechtlichen Organisationsform, bei der eine Zwangsmitgliedschaft besteht, und den andererseits nach den Prinzipien des Privatrechts organisierten Versicherungsverträgen. Es liegt damit keine Kollision zwischen Art. 42 EG und Art. 65 EG vor.

10. Art. 137 EG - Arbeitsbedingungen

a. Umfang der Kompetenz

Art. 137 Abs. 2 EG gibt dem Rat die Kompetenz, Richtlinien zum Zweck der Verbesserung der Arbeitsumwelt und auf dem Gebiet der Arbeitsbedingungen zu erlassen. Die enge Auslegung, die die soziale Sicherheit und die allgemeinen Arbeitsbedingungen aus dem Anwendungsbereich der Politik ausschließen will⁹⁴⁶ und damit eine Kompetenz auf dem Gebiet des Privatrechts ablehnt, ist aufgrund der neuen Begrifflichkeiten seit dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages nicht mehr vertretbar. Arbeitsbedingungen sind alle Regelungen zum Arbeitsverhältnis, also insbesondere die Rechte und Pflichten von Arbeitnehmern und Arbeitgebern⁹⁴⁷, mit Ausnahme des Entgeltes (Abs. 6). Zu diesen individualarbeitsrechtlichen Regelungen gehört auch das auf den Vertrag anwendbare Recht und die Bestimmung des für arbeitsrechtliche Streitigkeiten zuständigen Gerichts. Der Rat kann deshalb kollisionsrechtliche Regelungen als Annex zu sachrechtlichen Regelungen erlassen. Sollen diese auch für

⁹⁴⁴ Becker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 42, Rdnr. 13.

⁹⁴⁵ von Maydell, Sach- und Kollisionsnormen im internationalen Sozialversicherungsrecht, 10.

⁹⁴⁶ Deckert/Lilienthal, EWS 1999, 121 (130). Anders schon damals das Europäische Parlament, ABLEG Nr. C 12, 181 (182).

⁹⁴⁷ Rebhahn, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 137 EG, Rdnr. 12.

Drittstaatenangehörige gelten, müssen sie nach Abs. 3 4. Spiegelstrich einstimmig beschlossen werden.

b. Verhältnis zu Art. 65 EG

Auch Art. 137 EG tritt beim Erlass von kollisionsrechtlichen und international verfahrensrechtlichen Regelungen hinter Art. 65 EG zurück, sofern es sich nicht lediglich um eine Annexregel für ein vereinheitlichtes Gebiet des Arbeitssachrechts handelt.

11. Art. 308 EG - Vorschriften für unvorhergesehene Fälle

Als weitere Kompetenznorm kommt Art. 308 EG in Betracht. Voraussetzung dafür wäre, dass ein Tätigwerden der Gemeinschaft im Rahmen des Gemeinsamen Marktes erforderlich erscheint, um bestimmte Ziele⁹⁴⁸ zu verwirklichen und eine dementsprechende Befugnis im EG-Vertrag jedoch nicht vorgesehen ist. Die Wendung „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“ bedeutet lediglich, dass die Organe der Gemeinschaft sich bei der Wahl ihrer Maßnahmen im Rahmen des vom EG-Vertrag errichteten Systems halten⁹⁴⁹. Nach dem Wortlaut des Art. 308 EG besteht eine tatbestandliche Subsidiarität, d.h. die Gemeinschaft darf auf Grundlage dieser Kompetenz nicht mehr tätig werden, wenn eine andere einschlägige Kompetenz besteht. Da, wie schon erläutert, jedoch Kompetenzen zur Verfügung stehen, die neben der Angleichung auch die Vereinheitlichung ermöglichen, kann grundsätzlich nicht mehr auf Art. 308 EG zurückgegriffen werden.

12. Art. 293 EG - Handlungsauftrag für Mitgliedstaaten

a. Umfang der Kompetenz

Entgegen der Vorschläge der Kommission⁹⁵⁰ und der niederländischen Präsidentschaft⁹⁵¹ wurde Art. 293 EG und insbesondere dessen 4. Spiegelstrich durch den Amsterdamer Vertrag nicht aufgehoben. Diese Vorschrift ist nach ihrem Inhalt keine Gemeinschaftskompetenz, sondern hält für die Mitgliedstaaten in den angeführten Bereichen die Rechtsetzungsbefugnis aufrecht⁹⁵² und erteilt,

⁹⁴⁸ Hierbei ist umstritten, inwiefern auch Fernziele umfasst sind. Im Rahmen der Kollisionsrechtsvereinheitlichung kommt Art. 3 Abs. 1 lit. h EG (die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, soweit dies für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist) in Betracht.

⁹⁴⁹ Kreuzer, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 373 (437).

⁹⁵⁰ Dok. SEC 96, 2004, S. 14, Kohler, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1999, 1 (12); Kotuby, NILR 2001, 1 (8).

⁹⁵¹ CONF/2500/96, ADD 1, 20; CONF/3823/97 CAB D 10; Kotuby, NILR 2001, 1 (8).

⁹⁵² Schwartz/Möller, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), *Kommentar zum EU- und EG-Vertrag*, Art. 293, Rdnr. 17.

so denn die Erforderlichkeit zu bejahen ist, eine Handlungsverpflichtung⁹⁵³. Der Zweck der Regelung besteht in einer Ergänzung der anderen Vertragsbestimmungen⁹⁵⁴. Sie legt den Mitgliedstaaten, die sich alle beteiligen müssen, eine besondere Verantwortung für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auf. Die Staaten handeln hier als Funktionsträger von Gemeinschaftsinteressen⁹⁵⁵. Dafür genügt das Einleiten von Verhandlungen nicht, vielmehr müssen diese auch zum Abschluss eines Vertrages führen⁹⁵⁶. Es werden keine Verfahrensbestimmungen getroffen, so dass davon auszugehen ist, dass sich auch Gemeinschaftsorgane an der Vorbereitung beteiligen können⁹⁵⁷.

Im Rahmen des internationalen Privatrechts spielen insbesondere der 1. Spiegelstrich, der die rechtliche und staatsbürgerliche Gleichstellung der Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten mit den eigenen Bürgern bezweckt⁹⁵⁸, sowie der 3. Spiegelstrich für das internationale Gesellschaftsrecht und der 4. Spiegelstrich für das internationale Zivilverfahrensrecht eine Rolle.

Wie schon dargestellt, haben sich die Mitgliedstaaten auf diesen Handlungsauftrag bei der Verabschiedung des EuGVÜ gestützt und sie beim EVÜ in Betracht gezogen. Auch außerhalb des Art. 293 EG dürfen die Mitgliedstaaten Verträge schließen, insofern die Gemeinschaft keine eigene Kompetenz hat oder solange sie von ihrer Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat⁹⁵⁹.

b. Verhältnis zu Art. 65 EG

Thun-Hohenstein sieht Art. 65 EG als *lex specialis* gegenüber Art. 293 EG an⁹⁶⁰. Ein Spezialitätsverhältnis zwischen zwei Normen, die nicht denselben Regelungsgehalt haben (Kompetenz und Handlungsauftrag), erscheint problematisch. Es könnte aufgrund dieses unterschiedlichen Regelungsgehaltes auch angenommen werden, dass beide Vorschriften nebeneinander bestehen, das

⁹⁵³ *Schwartz/Möller*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 293, Rdnr. 24.

⁹⁵⁴ *Schwartz/Möller*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 293, Rdnr. 39.

⁹⁵⁵ *Kort*, JZ 1997, 640 (642).

⁹⁵⁶ *Schwartz/Möller*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 293, Rdnr. 19.

⁹⁵⁷ *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 7.

⁹⁵⁸ *Schwartz/Möller*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 293, Rdnr. 60 f.

⁹⁵⁹ Siehe Teil 3, A.II.1.b.

⁹⁶⁰ *Thun-Hohenstein*, Der Vertrag von Amsterdam, 37, Fn. 16; *Röben*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Amsterdamer Fassung), Art. 69, Rdnr. 5.

Handlungsgebot jedoch nicht mehr anwendbar ist, wenn die Voraussetzungen des Art. 65 EG erfüllt sind und die Gemeinschaft auf dieser Grundlage gehandelt hat (konkurrierende Kompetenz), da dann keine Erforderlichkeit mehr bestünde⁹⁶¹. *Kohler* versucht diese Subsidiarität mitgliedstaatlichen Handelns zu entschärfen, indem er ihnen einen weiten Ermessensspielraum zugesteht⁹⁶². Andere dagegen erachten ein Tätigwerden der Gemeinschaft nur solange und soweit für möglich, wie die Mitgliedstaaten noch nicht durch den Abschluss völkerrechtlicher Verträge eine Regelung getroffen haben⁹⁶³ (umgekehrt konkurrierende Kompetenz).

Diese Ansicht überzeugt nicht. Art. 293 EG muss gerade wegen des gemeinschaftssystemfremden Regelungsgehaltes gegenüber den Gemeinschaftskompetenzen subsidiär sein⁹⁶⁴. Zu dem Zeitpunkt, zu dem die Voraussetzungen einer Gemeinschaftskompetenz gegeben sind, besteht für die Mitgliedstaaten schon aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue eine Verpflichtung, der Gemeinschaft die Aufgabenerfüllung zu erleichtern und von einem Rückgriff auf Art. 293 EG abzusehen⁹⁶⁵. Dem entspricht auch die Einordnung des Art. 293 EG in den sechsten Teil des Vertrages. Er erfüllt nur eine Ergänzungsfunktion⁹⁶⁶. Es liegt damit im Grunde dieselbe Situation vor wie für außerhalb des Gemeinschaftsrechts geschlossene Verträge. Dies entspricht auch der Natur des Art. 293 EG, der nur einen besonderen Handlungsauftrag statuiert.

Auch die Heranziehung des Demokratieprinzips führt zu keiner anderen Lösung. Es könnte zwar zu fordern sein, dass die Gemeinschaft ihre Kompetenzen zurücknimmt, da ihre demokratische Legitimation geringer ist als die der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber und gerade in einem so sensiblen Bereich wie dem des Privatrechts deshalb besser die Mitgliedstaaten selbst handeln sollten. Jedoch genügen die gegenwärtigen Kompetenzen den Anforderungen an die demokratische Legitimation⁹⁶⁷, und die Entwicklungen gehen im Allgemeinen hin zu einer Stärkung der Rolle des Europäischen Parlamentes. Art. 293 EG ist damit

⁹⁶¹ *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 293, Rdnr. 9. So auch: *Kohler*, Rev. Crit. Dr. Int. Privé. 1999, 1 (23), der in dem Merkmal „Erforderlichkeit“ einen Vorbehalt zugunsten der Gemeinschaftskompetenzen sieht.

⁹⁶² *Kohler*, Riv. dir. int. priv. proc. 1992, 221 (226); *ders.*, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1999, 1 (23).

⁹⁶³ *Kort*, JZ 1997, 640 (641).

⁹⁶⁴ *Basedow*, NJW 1996, 1921 (1922); *Schwartz/Möller*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 293, Art. 220, Rdnr. 41 ff. *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 373 (376), stellt dies in der Beziehung zu Art. 44 EG fest.

⁹⁶⁵ *Schwartz/Möller*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 293, Rdnr. 45.

⁹⁶⁶ *Wagner*, IPRax 2002, 75 (84); *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 10.

⁹⁶⁷ Vgl.: BVerfGE 89, 155.

subsidiär gegenüber den Gemeinschaftskompetenzen. Diese Subsidiarität gilt nicht nur für Art. 293 EG, sondern auch für außerhalb dieses Handlungsauftrags geschlossene mitgliedstaatliche Übereinkommen. Die Mitgliedstaaten dürfen keinesfalls mehr handeln, wenn die Gemeinschaft Regelungen erlassen hat, aber auch dann schon nicht, wenn die Voraussetzungen für den Erlass von Gemeinschaftsrecht vorliegen.

Die Vorschrift des Art. 293 4. Spiegelstrich EG wird dadurch nicht bedeutungslos, da sie im Straf-, Steuer- und Verwaltungsrecht noch immer Anwendung findet⁹⁶⁸.

13. Ergebnis

Für die Angleichung der Kollisionsrechte existieren verschiedene Kompetenzen. Während Art. 65 EG das gesamte internationale Privat- und Verfahrensrecht umfasst, beziehen sich die anderen gemeinschaftlichen Kompetenzen auf bestimmte Teilgebiete, so dass hierdurch auch nur bestimmte Statute und spezielle Fragen des Verfahrensrechts geregelt werden können. Art. 65 EG ist gegenüber den anderen Kompetenzen spezieller, wenn das Ziel die Realisierung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, also eine umfassende Kodifikation ist. Eine Sonderstellung nimmt Art. 293 EG ein, der die Mitgliedstaaten zur Wahrung der Gemeinschaftsinteressen verpflichtet. Diese Vorschrift ist subsidiär.

Ein einheitliches IPR und ein einheitliches IZVR sind auf Art. 65 EG zu stützen und von der Gemeinschaft zu erlassen. Als Rechtsformen kommen sowohl die Richtlinie als auch die Verordnung in Betracht. Eine inhaltliche Einschränkung besteht nicht. Die Vergemeinschaftung kann vielmehr durch allseitige Kollisionsnormen stattfinden und die Gemeinschaft kann auch das Verhältnis zu Drittstaaten regeln. Alle Statute können vergemeinschaftet werden.

C. Neue, aufgrund von Art. 65 EG erlassene oder in Planung befindliche Rechtsakte

Der Aktionsplan der Kommission und des Rates⁹⁶⁹ legt unter anderem die Vorhaben der Gemeinschaft im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen fest. Bezüglich mehrerer dieser Vorhaben liegen derzeit konkrete Vorschläge vor, und teilweise wurden diese auch bereits umgesetzt. Die im Rahmen der Kompetenz des Art. 65 EG schon erlassenen Rechtsakte sollen an dieser Stelle kurz dargestellt und ihre Vereinbarkeit mit den gewonnenen

⁹⁶⁸ Basedow, CMLR 2000, 687 (700).

⁹⁶⁹ ABl. EG 1999 Nr. C 19, 1 ff.

Ergebnissen untersucht werden. Vorab ist festzustellen, dass diese Gemeinschaftsrechtsakte überwiegend als Übereinkommen auf Grundlage von Art. 293 EG oder Art. K.1 Nr. 6 i.V.m. Art K.3 Abs. 2 lit. c EUV/Maastricht ausgearbeitet wurden⁹⁷⁰, jedoch wegen der zwischenzeitlich stattgefundenen Vergemeinschaftung nicht mehr in Kraft getreten sind. Inhaltlich hat die Kommission diese Übereinkommen weitgehend übernommen. Es handelt sich insbesondere um Rechtsakte im Bereich des internationalen Zivilverfahrensrechts. Sie beruhen auf dem vom Europäischen Rat von Tampere bekräftigten und durch den Rat in einem Maßnahmenprogramm näher ausgefüllten⁹⁷¹ Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen. Der Vereinfachung der Anwendung dieser Maxime dient aber auch die Vergemeinschaftung der Kollisionsnormen⁹⁷², deren Stellenwert der Rat aber als geringer einschätzt⁹⁷³. Rechtsakte diesbezüglich wurden mit Ausnahme des speziellen Gebiets der Insolvenzverfahren noch nicht erlassen. So wurde insbesondere im Gegensatz zum EuGVÜ das EVÜ noch nicht vergemeinschaftet. Dem liegt aber ein Fehlschluss zugrunde, denn eine systematische Anerkennung ohne Kontrolle der kollisionsrechtlichen Entscheidung und ohne Vereinheitlichung des Kollisionsrechts führt zu einer inzidenten Umgestaltung des IPR im Anerkennungsstaat⁹⁷⁴. Aus diesen und den schon vorher aufgeführten Gründen⁹⁷⁵ muss die Gemeinschaft in Zukunft auch Prioritäten im Kollisionsrecht setzen.

I. Brüssel II-VO und die Brüssel II a-VO

Die Verordnung 1347/2000 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten⁹⁷⁶ (Brüssel II-VO) vom 29. Mai 2000 ist am 1. März 2001 in Kraft getreten. Sie wird zum 1. Mai 2005 durch die Verordnung 2201/2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (Brüssel IIa-VO) ersetzt.

⁹⁷⁰ Siehe Teil 1, A.III.2.

⁹⁷¹ ABl. EG 2001 Nr. C 12, 1.

⁹⁷² ABl. EG 2001 Nr. C 12, 1 (2).

⁹⁷³ Maßnahmenprogramm des Rates ABl. EG 2001 Nr. C 12, 1 (8) - letzte Position des Kataloges, nach Information der Öffentlichkeit. Dies kritisiert insbesondere: *Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza, 19.

⁹⁷⁴ *Helms*, FamRZ 2002, 1593 (1599); *Kohler*, FamRZ 2002, 709 (713); *ders.*, Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza, 22.

⁹⁷⁵ Teil 2, B.II.

⁹⁷⁶ VO 1347/2000 des Rates vom 29.5.2000, ABl. EG 2000 Nr. L 160, 19 ff.

1. Inhalt

a. Brüssel II-VO

Die Verordnung enthält ebenso wie das nicht ratifizierte Übereinkommen⁹⁷⁷, das ihre Grundlage bildet⁹⁷⁸, Zuständigkeits-, Anerkennungs- und Vollstreckungsvorschriften.

Der Rat hat auf der Grundlage des EuGVÜ ein internationales Eheprozessrecht geschaffen. Jedoch wurde, wohl wegen der engen Verknüpfung zum Erbrecht⁹⁷⁹, das Ehegüterrecht nicht einbezogen. Auch Unterhaltsansprüche werden nicht in dieser Verordnung geregelt, da sie schon im EuGVÜ normiert waren. Ebenso wird das Umgangsrecht nicht angesprochen. Es werden somit „nur“ die Statussachen und die Verfahren der elterlichen Verantwortung, so sie denn „aus Anlass“⁹⁸⁰ der Scheidung, Trennung oder Ungültigkeitserklärung betrieben werden, geregelt. Es bleibt also bei einem Nebeneinander von familienrechtlichen Zuständigkeiten⁹⁸¹.

Ausgangspunkt der Zuständigkeitsregeln sind sowohl der gewöhnliche Aufenthalt als auch die gemeinsame Staatsangehörigkeit⁹⁸². Insgesamt stehen sieben Zuständigkeitsgründe für Ehesachen zur Auswahl. Darunter befindet sich aber nicht die Möglichkeit der Bestimmung des zuständigen Gerichts durch Gerichtsstandsvereinbarungen. Unter Berücksichtigung des Diskriminierungsverbotes wurde auf eine ausschließliche Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit nur eines Ehegatten verzichtet⁹⁸³ und stattdessen qualifiziert an diese angeknüpft. Gerade diese durch ergänzende Voraussetzungen beschränkten Anknüpfungen an die Staatsangehörigkeit wirken nun aber diskriminierend⁹⁸⁴. Da auch die Gemeinschaft selbst grundsätzlich an die Grundfreiheiten gebunden ist, darf sie zumindest keine diskriminierenden Maßnahmen erlassen⁹⁸⁵. Die Regelungen verstoßen gegen primäres Gemeinschaftsrecht⁹⁸⁶.

Die Frage der mehrfachen Staatsangehörigkeit wird nicht geregelt. Um der Verordnung einen möglichst weiten Anwendungsbereich zu geben, ist aber davon

⁹⁷⁷ Übereinkommen vom 28.5.1998, ABl.EG 1998, Nr. C 221, 1 ff.

⁹⁷⁸ 6. Erwägungsgrund der Brüssel-II-VO.

⁹⁷⁹ Heß, NJW 2000, 23 (27); Boele-Woelki, ZfRV 2001, 121 (123).

⁹⁸⁰ Art. 1 Abs. 1 lit b) Brüssel II-VO. Der 11. Erwägungsgrund spricht von einem „engen Zusammenhang“.

⁹⁸¹ Vogel, MDR 2001, 1045 (1046).

⁹⁸² Remien, CMLR 2001, 53 (56).

⁹⁸³ Drappatz, Die Überführung des internationalen Verfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 37.

⁹⁸⁴ Siehe Teil 2, B.I.2.a.dd.

⁹⁸⁵ Götz, JZ 1989, 1021 (1023); Schilling, EuGRZ 2000, 1 (10).

⁹⁸⁶ So auch: Hau, FamRZ, 2000, 1333 (1336).

auszugehen, dass alle Staatsangehörigkeiten als gleichwertig zu betrachten sind. Zuständigkeitskonflikte, die sich bei der Anrufung mehrerer Gerichte ergeben können, sind nach dem Prioritätsgrundsatz zu lösen⁹⁸⁷.

Die mitgliedstaatlichen Entscheidungen werden gemäß Art. 14 Brüssel II-VO ipso iure anerkannt⁹⁸⁸. Die Prüfung der Anerkennungsversagungsgründe wurde in das Rechtsbehelfsverfahren verlagert. Das Verbot der Überprüfung des angewendeten Rechts (Art. 18 Brüssel II-VO) und die Vielzahl der Gerichtsstände, welche die Möglichkeit des forum shopping eröffnen, rufen nach einer Vergemeinschaftung des entsprechenden Kollisionsrechts⁹⁸⁹.

b. Brüssel Iia-VO

Der Anwendungsbereich der Brüssel Iia-VO im Vergleich zur Brüssel II-VO ist weiter. Die Regelungen bezüglich der Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung in Bezug auf Ehesachen sind unverändert übernommen worden⁹⁹⁰. Die Regelungen zur elterlichen Sorge sind dagegen nicht mehr auf solche Verfahren beschränkt, die aus Anlass eines Eheverfahrens betrieben werden und beziehen sich auch nicht mehr nur auf gemeinsame Kinder⁹⁹¹. Aus diesem Grund sind auch die Zuständigkeitsvorschriften nicht mehr nur an die der Ehesachen angelehnt, sondern sind vielmehr dem ausdrücklichen Ziel der Wahrung der Interessen des Kindes entsprechend nach dem Kriterium der räumlichen Nähe ausgestaltet (Art. 8 – gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes zum Zeitpunkt der Antragstellung). Dies gilt auch, wenn sich der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes in einem Drittstaat befindet⁹⁹². Darüber hinaus ist nunmehr auch die Möglichkeit einer Zuständigkeitsvereinbarung eröffnet, wenn alle diese bei Verfahrenseinleitung anerkannt haben, sie im Einklang mit dem Kindeswohl steht und das Kind eine wesentliche Bindung zu dem Staat hat. Maßgeblich ist auch die Anpassung der Zuständigkeiten an die des Haager Kindesentführungsübereinkommens und die Neuregelung des Verhältnisses zu diesem Übereinkommen⁹⁹³.

⁹⁸⁷ Lüke, Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, in: Merli (Hrsg.), Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Osterweiterung der Europäischen Union, 113 (128).

⁹⁸⁸ Die Verordnung bezieht sich aber nicht auf statuserhaltende Entscheidungen, Helms, FamRZ 2002, 1593 (1599).

⁹⁸⁹ So auch: Kohler, NJW 2001, 10 (14); ders., Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza, 22; ders., Status als Ware, in: Mansel (Hrsg.), Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts, 41 (42 f.); Heß, Kooperation nach Art. 65 EG-Vertrag unter besonderer Berücksichtigung der CR, in: Tichý (Hrsg.), Europeizace národních právních rádu, 185 (195); Helms, FamRZ 2002, 1593 (1599).

⁹⁹⁰ Schulz, NJW 2004, Beilage Heft 18, 2 (2).

⁹⁹¹ Grundlage hierfür ist der Vorschlag der Kommission: KOM (2001), 505 endg.

⁹⁹² Schulz, NJW 2004, Beilage Heft 18, 2 (2).

⁹⁹³ Konkrete Ausführungen hierzu: Teil 3, D.III.1.a.bb.

In die Verordnung wurde darüber hinaus ein Vorschlag Frankreichs über die gegenseitige Vollstreckung von Entscheidungen über das Umgangsrecht⁹⁹⁴ einbezogen. Diesem Vorschlag entsprechend wurde das Exequaturverfahren für solche Entscheidungen ganz abgeschafft. Gleiches gilt für Entscheidungen im Rahmen der Kindesrückgabe⁹⁹⁵. Voraussetzung ist jedoch, dass allen Beteiligten im Ursprungsland rechtliches Gehör gewährt wurde.

Trotz des weiten Anwendungsbereiches, sind noch immer nicht alle Bereiche des Familienrechts in einer Verordnung geregelt. Die Regelungen zum Unterhalt befinden sich weiter in der EuGVVO. Das Ehegüterrecht wurde noch nicht geregelt. Dennoch ist diese neue Verordnung als erheblicher Fortschritt zu betrachten, insbesondere auch bezüglich der Abschaffung der Exequatur in einigen Bereichen.

2. Artikel 61 lit. c i.V.m. 65 EG als Kompetenzgrundlage

Die Brüssel II-VO wird gemäß ihres dritten Erwägungsgrundes auf Art. 65 EG gestützt. In Betracht kommt hier Art. 61 lit. c i.V.m. Art. 65 lit. a 3. Spiegelstrich und lit. b EG. Lit. a 3. Spiegelstrich befugt zum Erlass von Anerkennungs- und Vollstreckungsnormen, während von lit. b die Bestimmung des zuständigen Gerichts umfasst wird⁹⁹⁶. Nicht einschlägig ist Art. 65 lit. c EG, da es nicht um das nationale Verfahrensrecht geht. Auch die Brüssel IIA-VO ist auf die Rechtsgrundlagen gestützt.

a. Binnenmarktbezug

Hinsichtlich der Kompetenzgrundlage bestehen Probleme aufgrund des geforderten Binnenmarktbezuges⁹⁹⁷.

⁹⁹⁴ ABl. EG 2000, Nr. C 234, 7.

⁹⁹⁵ Kritisch zur fehlenden Exequatur: *Jänterä-Jareborg*, Unification of International Family Law – a critical Perspective, in: Boele-Woelki (Hrsg.), Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe, 194 (202 ff.).

⁹⁹⁶ Anders: *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EG, 117, der die gesamte Verordnung als von Art. 65 lit. a 3. Spiegelstrich EG erfasst ansieht. Dies leitet er aus Art. 293 4. Spiegelstrich EG her, dessen Formulierung übernommen wurde und auf dessen Grundlage das EuGVÜ erging. Diese Auffassung ist wegen Art. 65 lit. b EG aber nicht haltbar, da sich dieser eindeutig auf die gerichtliche Zuständigkeit bezieht (siehe Teil 3.A.).

⁹⁹⁷ So vor allem: *Schack*, ZEuP 1999, 805 (807), der jedoch die Regelung auch aufgrund des Subsidiaritätsprinzips und der fehlenden Rechtsvereinheitlichung angreift. Ebenso: *Lüke*, Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, in: Merli (Hrsg.), Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Osterweiterung der Europäischen Union, 113 (126).

aa. Binnenmarktbezug der Regelungsgegenstände der Verordnungen

Das der Brüssel II-VO vorausgehende Übereinkommen stützte sich auf Art. K. 3 II lit. c EUV/Maastricht. Diese Norm erforderte keinen Binnenmarktbezug, sondern es genügte gemäß Art. K.1 EUV/Maastricht, wenn die Ziele der Union verwirklicht werden sollten⁹⁹⁸. Zwar benannte bereits diese Vorschrift als eines ihrer Ziele die Freizügigkeit. Diese war aber in einem sehr weiten Sinne auszulegen⁹⁹⁹. Das Übereinkommen musste damit keinen Binnenmarktbezug haben, was aber nicht bedeutet, dass der Verordnung ein solcher fehlt. Im 4. Erwägungsgrund der Brüssel II-VO wird nun ausgeführt: „Die Unterschiede zwischen bestimmten einzelstaatlichen Zuständigkeitsregeln und bestimmten Rechtsvorschriften über die Vollstreckung von Entscheidungen erschweren sowohl den freien Personenverkehr als auch das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes.“ Eine derart allgemeine Floskel kann den Binnenmarktbezug nicht erhärten¹⁰⁰⁰, da der Ausgangspunkt für die gezogene Schlussfolgerung nicht ersichtlich ist. Das tatsächliche Bestehen muss deshalb festgestellt werden: Probleme im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung behindern die Durchsetzung von Entscheidungen¹⁰⁰¹ und fördern hinkende Rechtsverhältnisse, die in einem Binnenmarkt nicht hinnehmbar sind¹⁰⁰². Dies gilt auch für familienrechtliche, insbesondere statusrechtliche Entscheidungen. Wirtschaftsteilnehmer, vor allem Arbeitnehmer und Unternehmer, könnten davon abgehalten werden, in einem Staat tätig zu werden, wenn die Scheidung und Sorgerechtsentscheidung eines anderen Mitgliedstaates nicht anerkannt würden¹⁰⁰³. Eine automatische Anerkennung und eine Vollstreckbarerklärung erfordern jedoch auch die Vereinheitlichung der Zuständigkeitsregelungen, denn bei möglicherweise parallelen Zuständigkeiten und widersprüchlichen Entscheidungen kann eine Anerkennung nicht stattfinden¹⁰⁰⁴. Es besteht somit ein Binnenmarktbezug.

Dies wird durch die im Vertrag von Nizza in Art. 67 EG gemachte Unterscheidung zwischen Familiensachen und anderen Materien bestätigt, da hier

⁹⁹⁸ Darauf bezieht sich insbesondere: *Lüke*, Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, in: Merli (Hrsg.), Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Osterweiterung der Europäischen Union, 113 (127).

⁹⁹⁹ Teil 1, C.II.2.aa.(1).

¹⁰⁰⁰ *Müller-Graff/Kainer*, DRiZ 2000, 350 (353).

¹⁰⁰¹ *Boele-Woelki*, ZfRV 2001, 121 (126).

¹⁰⁰² Teil 2, B.II.

¹⁰⁰³ Zur Bedeutung auch des Familienrechts für den Binnenmarkt: Teil 2, B.I.1.b.ff. Ebenso wie hier: *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 99; *Tebbens*, Ein Ziviljustizraum in der Europäischen Union - auf Kosten einer Aushöhlung der internationalen Zusammenarbeit?, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 171 (177).

¹⁰⁰⁴ *Kohler*, NJW 2001, 10 (10).

eindeutig davon ausgegangen wurde, dass Art. 65 EG auch das Familienrecht umfasst.

bb. Zuständigkeit zum Abschluss völkerrechtlicher Übereinkommen

(1) Brüssel II-VO

Art. 16 Brüssel II-VO ermächtigt nationale Gerichte auf Grundlage einer mit Drittstaaten geschlossenen Übereinkunft über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen, eine in einem anderen Mitgliedstaat getroffene Entscheidung nicht anzuerkennen, wenn die gerichtliche Zuständigkeit auf andere als in der Verordnung genannte Kriterien gestützt wurde¹⁰⁰⁵. Die Verordnung nimmt damit ausdrücklich an, dass Übereinkünfte mit Drittstaaten über Zuständigkeits- und Anerkennungsvorschriften auf dem Gebiet der Ehesachen und der elterlichen Verantwortung geschlossen werden können. Damit ist aber noch nicht entschieden, ob diese Abkommen von den Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft geschlossen werden¹⁰⁰⁶. Aufschluss könnte die Erklärung des Rates 2000/C 183/02¹⁰⁰⁷ geben. Diese bezieht sich ihrem Wortlaut nach zwar auf eine andere Verordnung, der Regelungsgehalt kann jedoch auf die Brüssel II-VO übertragen werden¹⁰⁰⁸. Die Erklärung besagt ausdrücklich, dass Mitgliedstaaten auch weiterhin mit Drittstaaten Abkommen, die sich auf denselben Bereich wie die Verordnung beziehen, schließen dürfen, insofern diese Abkommen die Verordnung nicht berühren. Unklar erscheint, wie ein Abkommen sich auf denselben Bereich beziehen kann, ohne die Verordnung zu berühren. Dies ist nur möglich, wenn zwar der Sachbereich betroffen ist, sich aus der Verordnung aber keine gerichtliche bzw. Anerkennungs- oder Vollstreckungszuständigkeit ergibt. Diese Auslegung ist auch konform zu Art. 8 Brüssel II-VO, der die Zuständigkeiten nach mitgliedstaatlichem Recht aufrechterhält, insofern sich keine Zuständigkeit aus der Verordnung ergibt. Die Erklärung der Gemeinschaft und Art. 16, 8 Brüssel II-VO können nur als Regelungsverzicht bewertet werden. Obwohl die Zuständigkeit zum Abschluss von Übereinkommen auch im Bereich der nicht geregelten Zuständigkeiten aufgrund der Verbindung zur Innenkompetenz bei ihr liegt, begnügt sich die Gemeinschaft mit dem durch die Verordnung erreichten Harmonisierungsstand und will die Außenkompetenzen nicht wahrnehmen. Dies ist bei einer konkurrierenden Kompetenz durchaus legitim. Ein Verzicht ist jedoch dann nicht

¹⁰⁰⁵ *Leible/Staudinger*, ELF 2000/2001, 225 (234).

¹⁰⁰⁶ *Kohler*, NJW 2001, 10 (14); *Boele-Woelki*, ZfRV 2001, 121 (128).

¹⁰⁰⁷ ABL. EG 2000 Nr. C 183, 1.

¹⁰⁰⁸ Noch weiter gehen *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2 (5, Fn. 23), und *Jayme/Kohler*, IPRax 2000, 454 (454, Fn.6), indem sie behaupten, die Gemeinschaft habe sich irrtümlicherweise auf die falsche Verordnung bezogen.

möglich, wenn eine direkte Kollision auftreten könnte, also die gemeinschaftlich statuierten Zuständigkeits- und Anerkennungsvorschriften direkt berührt wären, da die Gemeinschaft dann ausschließlich zuständig ist.

Konkrete Bedeutung hatte dies bereits für die Unterzeichnung des Haager Kinderschutzübereinkommens. Dieses enthält Regelungen des internationalen Verfahrensrechts und des Kollisionsrechts¹⁰⁰⁹. Aufgrund der Satzung der Haager Konferenz können nur die Mitgliedstaaten teilnehmen. Der Bereich der Verordnung ist teilweise betroffen, so dass sowohl die Gemeinschaft, als auch die Mitgliedstaaten zum Abschluss des Übereinkommens zuständig waren. Der Rat hat deshalb auf Vorschlag der Kommission¹⁰¹⁰ die Mitgliedstaaten ermächtigt, das Übereinkommen im Interesse der Gemeinschaft zu unterzeichnen¹⁰¹¹. Darin wurde eine genaue Erklärung festgelegt, die die Mitgliedstaaten bei der Unterzeichnung des Übereinkommens abzugeben hatten. Das Kinderschutzübereinkommen wurde daraufhin am 1. April 2003 durch alle Mitgliedstaaten mit Ausnahme der Niederlanden, die das Übereinkommen schon 1997 unterzeichnet hatten¹⁰¹², unterzeichnet. Die Kommission stellt darüber hinaus fest, dass es sich bei dieser Ermächtigung um eine Ausnahme, und keinesfalls einen Präzedenzfall handele¹⁰¹³. Sie fordert damit eine Änderung der Satzung der Haager Konferenz.

(2) Brüssel IIa-VO

Eine dem Art. 16 Brüssel II-VO entsprechende Vorschrift existiert nicht mehr. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Vereinbarungen mit Drittstaaten nicht mehr geschlossen werden können, denn Art. 16 Brüssel II-VO gibt darüber ja gerade keine Auskunft. Es ist von einer Beibehaltung der Rechtslage, die sich aus der Erklärung des Rates 2000/C 183/02 ergibt, auszugehen.

b. Grenzüberschreitende Bezüge

Die Verordnungen erfordern einen grenzüberschreitenden Bezug. Dies führt zu dem Problem, ob sie von den Mitgliedstaaten auch angewendet werden müssen, wenn nur ein Bezug zu Drittstaaten besteht. Eine entsprechende Gemeinschaftskompetenz zur Regelung des Bezuges zu Drittstaaten besteht¹⁰¹⁴.

¹⁰⁰⁹ Dazu: *Kropholler*, Das Haager Kinderschutzübereinkommen von 1996 - Wesentliche Verbesserungen im Minderjährigenschutz, in: Basedow (Hrsg.), *Liber amicorum Siehr*, 377 (377 ff.).

¹⁰¹⁰ KOM (2001), 680 endg.

¹⁰¹¹ ABl.EU 2003, Nr. L 48, 1.

¹⁰¹² *Schulz*, FamRZ 2003, 1351 (1351).

¹⁰¹³ KOM (2002), 680 endg., 7. Dennoch hat die Kommission nunmehr vorgeschlagen, dass die Mitgliedstaaten das Übereinkommen des Europarates vom 3. Mai 2002 über den Umgang mit Kindern im Namen der Gemeinschaft unterzeichnen (ABl.EG 2003, Nr. C 20E, 369).

¹⁰¹⁴ Siehe Teil 3, A.I.2.a.aa.(2)(a).

Aufschluss über deren Nutzung könnten Art. 7 und 8 Brüssel II-VO bzw. Art. 6 und 7 Brüssel IIA-VO geben. Die jeweils erstere Vorschrift macht deutlich, dass ein Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat eine obligatorische Anwendung der Verordnung nach sich zieht. In Zusammenhang damit muss die jeweils zweitgenannte Norm gelesen werden¹⁰¹⁵, die eine Restzuständigkeit der Mitgliedstaaten statuiert. Besteht also lediglich ein grenzüberschreitender Bezug zu einem Drittstaat (gewöhnlicher Aufenthalt und Staatsangehörigkeit des Ehegatten), ist die Verordnung nicht abschließend, sondern die Mitgliedstaaten können zusätzliche Regelungen für den Fall treffen, dass aus den Verordnungen keine Zuständigkeit resultiert. Dies bedeutet aber nicht, dass die Verordnungen in keinem Fall auf Drittstaatenangehörige Anwendung finden. Vielmehr ist der Anwendungsbereich bei einer hinreichend engen Beziehung zum Gemeinschaftsgebiet eröffnet (Binnenmarktbezug). Art. 2 Abs. 1 lit. a 4. Spiegelstrich Brüssel II-VO bzw. Art. 3 Abs. 1 lit. a 4. Spiegelstrich greifen damit auch, wenn der Antragsgegner Drittstaatenangehöriger ist und dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Es genügt also gegebenenfalls ein bloßer Drittstaatenbezug, wenn die Voraussetzungen einer Zuständigkeit der Zuständigkeitskataloge der Art. 2, 3 Brüssel II-VO bzw. Art. 2, 3 Brüssel IIA-VO erfüllt sind. Ist dies nicht der Fall, kommt autonomes Recht der Mitgliedstaaten zur Anwendung. Die Gemeinschaft hat demnach autonome nichtabschließende Regelungen für Drittstaatsverhältnisse aufgestellt und durch die Zuständigkeitskriterien den Grad der Binnenmarktrelevanz abgegrenzt.

c. Förderung der Vereinbarkeit

Die Verordnungen vereinheitlichen die Zuständigkeitsvorschriften und beschränken die Gründe, die zu einer Ablehnung der Anerkennung oder Vollstreckbarerklärung führen können (Art. 15 und 17 Brüssel II-VO; Art. 21 und 23 Brüssel IIA-VO). Auch das Rechtsinstrument einer Verordnung kann die Vereinbarkeit fördern¹⁰¹⁶, und durch die Vereinheitlichung wird dieses Ziel auch erfüllt.

Dem könnte entgegenstehen, dass nicht alle familienrechtlichen Zuständigkeiten geregelt wurden und so Konflikte weiterhin nicht ausgeschlossen sind. Jedoch musste hier zunächst das politisch Machbare durchgesetzt werden. Die Verordnungen sind als eine Etappe der Vereinheitlichung des gesamten

¹⁰¹⁵ So auch: *Boele-Woelki*, ZfRV 2001, 121 (121).

¹⁰¹⁶ Siehe Teil 3, A.I.2.d.bb.

internationalen Familienverfahrensrechts zu sehen¹⁰¹⁷. Auch die teilweise Nichteinbeziehung von Drittstaatsverhalten und das damit verbundene Bestehenbleiben mehrerer Rechtsquellen hindert die Förderung der Vereinbarkeit nicht, da diese naturgemäß nur im Bereich des Binnenmarktes erreicht werden soll. Negativ ist einzig die Streuung innerhalb des Gemeinschaftsrechts zu betrachten, indem Unterhaltsstreitigkeiten durch die EuGVVO geregelt werden.

d. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit

In 5. und 7. Erwägungsgrund der Brüssel II-VO wird festgestellt, dass die Verordnung sowohl vom Regelungsgegenstand als auch von der Form her die Anforderungen des Subsidiaritätsgrundsatzes erfüllt.

Die Gefahr, dass verschiedene Meinungen und Systeme übergangen werden¹⁰¹⁸, besteht bei einer Vereinheitlichung immer, wurde hier jedoch durch die präzise Festlegung der Zuständigkeiten, die einen großen Inlandsbezug erfordern, minimiert.

3. Beteiligung

Das Vereinigte Königreich und Irland haben ihre Beteiligung an den Verordnungen erklärt¹⁰¹⁹. Dänemark nimmt jedoch nicht teil¹⁰²⁰. Somit findet die Verordnung keine Anwendung, wenn die maßgeblichen Anknüpfungspunkte in Dänemark belegen sind. Der Begriff „Gemeinschaft“ müsste durch Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ersetzt werden.

4. Ergebnis

Die Verordnungen entsprechen den in den allgemeinen Erörterungen gewonnenen Ergebnissen.

II. Insolvenzverordnung

Die Verordnung 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren¹⁰²¹ ist am 31.5. 2002 in Kraft getreten.

¹⁰¹⁷ Siehe neuer Verordnungsvorschlag: Teil 3, C.IV.2.

¹⁰¹⁸ *Beaumont/Moir*, ELR 1995, 269 (284).

¹⁰¹⁹ 24. Erwägungsgrund Brüssel II-VO; 30. Erwägungsgrund Brüssel IIa-VO; *Müller-Graff/Kainer*, DRiZ 2000, 350 (353).

¹⁰²⁰ 25. Erwägungsgrund und Art. 1 Abs. 3 Brüssel II-VO.

¹⁰²¹ VO 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000, ABl.EG 2000 Nr. L 160, 1 ff.

1. Inhalt

Die Verordnung beruht auf dem Insolvenzübereinkommen vom 23.11.1995, das auf Grundlage von Art. 220 4. Spiegelstrich EGV unterzeichnet, jedoch vom Vereinigten Königreich nicht ratifiziert wurde und deshalb nie in Kraft getreten ist¹⁰²².

Die Insolvenzverordnung geht vom Grundsatz der Universalität aus¹⁰²³. Es soll grundsätzlich nur ein Insolvenzverfahren in dem Staat, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat (Artikel 3 Abs. 1 InsVO), nach dem Recht dieses Staates (*lex concursus*) stattfinden. Dieser Grundsatz der Universalität wird in zweifacher Hinsicht modifiziert¹⁰²⁴. Zum einen statuieren Art. 5-11 InsVO Sonderanknüpfungen für besondere Rechte, beispielsweise für dingliche Rechte¹⁰²⁵. Zum anderen besteht die Möglichkeit der Eröffnung von Sekundärinsolvenzverfahren. Diese können in jedem Staat, in dem der Schuldner eine Niederlassung unterhält, mit einschränkender Wirkung für in diesem Staat belegenes Vermögen durchgeführt werden (Art. 3 Abs. 2 InsVO). Auch hier ist die *lex concursus* anwendbar (Art. 28 InsVO). Die gerichtlichen Entscheidungen werden gemäß Art. 16, 17 InsVO *ipso iure* anerkannt. Ausnahmen können einzig unter Berufung auf einen Verstoß gegen den *ordre public* geltend gemacht werden (Art. 26 InsVO).

Die Verordnung setzt einen Meilenstein in der Entwicklung eines einheitlichen europäischen Wirtschaftsrechts¹⁰²⁶. Negativ anzumerken ist lediglich der Ausschluss gerade der Unternehmen aus dem Anwendungsbereich, die im besonderen Maße grenzüberschreitend tätig werden (Art. 1 Abs. 2 InsVO)¹⁰²⁷. Jedoch fand auch hier inzwischen, allerdings gestützt auf Art. 47 Abs. 2 EG, eine Angleichung durch zwei Richtlinien statt¹⁰²⁸.

2. Art. 61 lit. c i.V.m. 65 EG als Kompetenzgrundlage

Die Insolvenzverordnung ist auf Art. 61 lit. c EG gestützt. Richtige Rechtsgrundlage für die internationale gerichtliche Zuständigkeit und die

¹⁰²² Siehe Teil 1, A.III.2.

¹⁰²³ *Huber*, ZJP 2001, 133 (134).

¹⁰²⁴ *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533 (538).

¹⁰²⁵ Diese sind autonom auszulegen, vgl.: *Huber*, ZJP 2001, 133 (155).

¹⁰²⁶ *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2 (2).

¹⁰²⁷ *Lüke*, Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, in: Merli (Hrsg.), Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Osterweiterung der Europäischen Union, 113 (122).

¹⁰²⁸ Richtlinie über die Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen (ABl.EG 2001 Nr. L 110, 28); Richtlinie über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten (ABl.EG 2001 125, 15); *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533 (541).

Bestimmung des anwendbaren Rechts ist Art. 61 lit. c i.V.m. Art. 65 lit. a 3. Spiegelstrich, lit. b, lit. c EG. Die Kollisionsnormen und die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit sind von lit. b, die Anerkennung und Vollstreckung von lit. a 3. Spiegelstrich umfasst. Lit. c des Art. 65 muss zusätzlich herangezogen werden, da auch verfahrensrechtliche Bestimmungen getroffen werden (beispielsweise Art. 16, Art. 29 InsVO).

a. Binnenmarktbezug

aa. Binnenmarktbezug des Regelungsgegenstandes der Verordnung

Der Rat behilft sich auch im Rahmen dieser Verordnung im vierten Erwägungsgrund mit der allgemeinen Formulierung, dass „für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes effiziente und wirksame grenzüberschreitende Insolvenzverfahren notwendig sind“. Jedoch wird diese Notwendigkeit im Gegensatz zur Brüssel II-VO präzisiert. Die Rechtslage bei der Insolvenz von Unternehmen, die grenzüberschreitend tätig werden, ist schwierig und undurchsichtig (3. Erwägungsgrund). Die Ursache liegt darin, dass der Konkurs an der Staatsgrenze endet und die nationalen Regelungen nur bruchstückhaft sind¹⁰²⁹. Dies schafft eine Missbrauchsgefahr, da für diese Unternehmen die Möglichkeit der Verlagerung von Vermögensgegenständen besteht (4. Erwägungsgrund). Der Binnenmarktbezug ergibt sich also aus dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach Vereinfachung der Bildung grenzüberschreitenden Vermögens. Es besteht eine unmittelbare Beziehung zur Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit. Gerade aus diesem Grund wird die Richtigkeit der Heranziehung von Art. 65 lit. b EG bezweifelt. Es lägen keine Anzeichen vor, dass die Verordnung eine größere Nähe zur Freizügigkeit als zu den anderen Freiheiten, insbesondere der Kapital- und Zahlungsfreiheit und der Warenverkehrsfreiheit, besitze¹⁰³⁰. Dieses Argument greift jedoch nicht, da die Abgrenzung zwischen Art. 95 EG und Art. 65 EG nicht über die Freizügigkeit erfolgt, sondern danach, ob der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts geschaffen oder lediglich eine Annex-Bestimmung im Rahmen einer Sachrechtsharmonisierung getroffen werden soll¹⁰³¹. Hier ist eindeutiges Ziel die Schaffung eines Raumes des Rechts: Für Gläubiger wird der Zugang zu den Gerichten erleichtert und die Rechtslage wird übersichtlicher. Es besteht also ein

¹⁰²⁹ Das deutsche internationale Insolvenzrecht beruht beispielsweise zum Teil auf Art. 102 EGInsO und auf höchstrichterlichen Leitentscheidungen. Inlandsinsolvenzverfahren erfassen auch, insofern nicht eine gegenständliche Beschränkung nach Art. 102 Abs. 3 EGInsO besteht, Auslandsvermögen des Schuldners. Ausländische Insolvenzverfahren werden in ihrer Wirkung unter bestimmten Bedingungen anerkannt. Dazu: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 759 ff. Ebenso: *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533 (534).

¹⁰³⁰ *Israël*, MJ 2000, 81 (97 f.).

¹⁰³¹ Siehe Teil 3, B.II.1.b.

Binnenmarktbezug, und Art. 65 EG - nicht Art. 95 EG oder Art. 47 Abs. 2 EG - ist die richtige Rechtsgrundlage.

bb. Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Übereinkommen

Bezüglich der Insolvenzverordnung hat der Rat die schon erwähnte Erklärung abgegeben¹⁰³². Danach hindert die Verordnung die Mitgliedstaaten nicht, Abkommen mit Drittstaaten abzuschließen, die sich auf denselben Bereich wie die Verordnung beziehen, diese aber nicht berühren. Haben die Übereinkommen dagegen direkte Auswirkungen auf den harmonisierten Bereich, ist die Gemeinschaft ausschließlich zuständig¹⁰³³. Auch hier liegt damit ein Regelungsverzicht im Rahmen der konkurrierenden Zuständigkeit vor. Die Gemeinschaft will nicht weitergehender harmonisieren. Abzugrenzen ist nach dem Anwendungsbereich der Verordnung. Es ist damit *Eidenmüller* zuzustimmen, der ausführt, dass mitgliedstaatliche Regelungen im sachlichen Anwendungsbereich der InsVO zulässig sind, sofern sie deren Regelungen im Besonderen und dem Sinn und Zweck im Allgemeinen nicht widersprechen¹⁰³⁴. Dies ergebe sich daraus, dass die Verordnung keine umfassende Regelung treffe. Die Kompetenz zum Abschluss von Übereinkünften mit Drittstaaten verbleibt also nach Auslegung der Erklärung aufgrund des Regelungsverzichts bei den Mitgliedstaaten¹⁰³⁵, sofern keine Regelungen getroffen werden, die der Verordnung widersprechen.

b. Grenzüberschreitende Bezüge

Die InsVO gilt für Insolvenzen grenzüberschreitend tätiger Unternehmen, die Vermögensmassen in verschiedenen Mitgliedstaaten haben. Dieser grenzüberschreitende Bezug ist weit auszulegen. Es genügt, wenn einer derjenigen Verbindungspunkte, an die in der Verordnung angeknüpft wird (Bsp.: Sache, an der dingliche Rechte Dritter bestehen, Immobilien, gewöhnlicher Aufenthalt des Gläubigers), auf einen anderen Staat verweist¹⁰³⁶.

Auch hier muss wieder die Frage aufgeworfen werden, ob es sich bei dem anderen Staat um einen Mitgliedstaat handeln muss. Nach dem Wortlaut der Verordnung findet diese immer dann Anwendung, wenn der Mittelpunkt der hauptsächlichen

¹⁰³² Erklärung des Rates ABl. EG 2000, Nr. C 183, 2. Siehe Teil 3, C.I.2.a.bb.

¹⁰³³ *Heß*, NJW 2000, 23 (30); *Jayme/Kohler*, IPRax 2000, 454 (454).

¹⁰³⁴ *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2 (8).

¹⁰³⁵ *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2 (5); *Remien*, CMLR 2001, 53 (57).

¹⁰³⁶ *Huber*, ZZP 2001, 133 (136).

Interessen der Schuldner auf dem Gemeinschaftsgebiet liegt¹⁰³⁷. Sie ist damit auch dann einschlägig, wenn sich die Niederlassung außerhalb der Gemeinschaft befindet, jedoch der Interessenschwerpunkt in diesem Raum¹⁰³⁸, also wenn ausnahmsweise die Vermutung des Art. 3 Abs. 1 S. 2 InsVO nicht greift. Im Übrigen hat der Rat immer dann, wenn ein konkretes Beschränkungsbedürfnis hinsichtlich des territorialen Anwendungsbereiches bestand, wie beispielsweise in Art. 27 InsVO, ausdrücklich festgelegt, dass ein Drittstaatenbezug nicht genügt¹⁰³⁹. Die Gemeinschaft hat damit auch hier selbst den Grad des notwendigen Binnenmarktbezuges angegeben und die Materie nicht soweit geregelt, wie es ihr möglich gewesen wäre.

c. Förderung der Vereinbarkeit

Der Begriff der „Förderung“ steht der Wahl des Rechtsinstrumentes der Verordnung durch den Rat nicht entgegen¹⁰⁴⁰.

Zu fragen ist jedoch, ob die Vereinbarkeit durch diese Verordnung gefördert wird, da sie zum einen Ausnahmen bezüglich des Anwendungsbereiches macht und zum anderen durch die Zulässigkeit von Sekundärinsolvenzen auch verschiedene Insolvenzverfahren in Bezug auf denselben Schuldner ermöglicht¹⁰⁴¹. Hier musste ein Ausgleich zwischen den Gläubigerinteressen, denen die Verordnung dient, und der Einheitlichkeit des Verfahrens gefunden werden. Die Sekundärinsolvenzverfahren stellen einen solchen legitimen Kompromiss dar. Eine weitere Divergenz tritt zwischen ergänzenden autonomen Regelungen der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaftsregelung auf¹⁰⁴². Die Gemeinschaft hat hier aber selbst die Erforderlichkeit für den Binnenmarkt im konkreten Fall eingeschränkt. Die Anzahl der für die Mitgliedstaaten verbleibenden Materien ist sehr gering.

d. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit

Die Verordnung ist verhältnismäßig, da der Regelungsgehalt nicht über das Erforderliche hinausgeht¹⁰⁴³. Insbesondere wird der

¹⁰³⁷ 4. Erwägungsgrund der Verordnung. Richtigerweise wäre hier auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts abzustellen, da der territoriale Anwendungsbereich kleiner ist als das Gemeinschaftsgebiet. Die Verordnung findet keine Anwendung, wenn der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen in Dänemark liegt.

¹⁰³⁸ *Leible/Staudinger*, ELF 2000/2001, 225 (231).

¹⁰³⁹ *Huber*, ZZP 2001, 133 (139). Dagegen: *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2 (5).

¹⁰⁴⁰ Siehe Teil 3, A.I.2.d.bb.

¹⁰⁴¹ *Lüke*, Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, in: Merli (Hrsg.), Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die Osterweiterung der Europäischen Union, 113 (123).

¹⁰⁴² *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533 (540).

¹⁰⁴³ *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2 (4).

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dadurch gewahrt, dass die Verordnung nur Entscheidungen regelt, die unmittelbar aufgrund des Insolvenzverfahrens ergehen und in einem engen Zusammenhang mit diesem stehen¹⁰⁴⁴. Die Verordnung ist das angemessene Rechtsinstrument.

3. Beteiligung

Das Vereinigte Königreich und Irland haben ihre Beteiligung an der Verordnung erklärt¹⁰⁴⁵, Dänemark nimmt dagegen nicht teil¹⁰⁴⁶. Deshalb kann die Verordnung keine Anwendung finden, wenn sich der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen oder andere Anknüpfungspunkte in Dänemark befinden. Der Begriff „Gemeinschaft“ muss insofern modifiziert werden.

4. Ergebnis

Die Verordnung entspricht den gestellten Anforderungen.

III. Verordnung zur Revision des Brüsseler Übereinkommens (EuGVVO)

Die Verordnung Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000¹⁰⁴⁷ über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ist am 1. März 2002 in Kraft getreten.

1. Inhalt

Die Verordnung „vergemeinschaftet“ das EuGVÜ aus dem Jahre 1968¹⁰⁴⁸. Sie bestimmt die gerichtliche Zuständigkeit für einen wesentlichen Teil der handels- und zivilrechtlichen Streitigkeiten. Diese richtet sich primär nach dem Beklagtenwohnsitz¹⁰⁴⁹. Dieser allgemeine Gerichtsstand wird bei Bestehen einer engeren Verbindung oder im Interesse einer geordneten Rechtspflege um besondere Zuständigkeitsvorschriften ergänzt¹⁰⁵⁰. Hierbei ist insbesondere der Gerichtsstand für vertragliche Streitigkeiten zu nennen, der sich nach dem Erfüllungsort richtet. Der Begriff des Erfüllungsortes wurde im Zuge der Vergemeinschaftung harmonisiert. Im Rahmen der besonderen Zuständigkeiten in Verbraucher-, Versicherungs- und Arbeitssachen wurde der Schutz der

¹⁰⁴⁴ 6. Erwägungsgrund InsVO.

¹⁰⁴⁵ 32. Erwägungsgrund InsVO; *Müller-Graff/Kainer*, DRiZ 2000, 350 (353).

¹⁰⁴⁶ 33. Erwägungsgrund InsVO.

¹⁰⁴⁷ ABl. EG 2001 Nr. L 12, 1 ff.

¹⁰⁴⁸ Siehe Teil I, A.I.

¹⁰⁴⁹ 11. Erwägungsgrund EuGVVO. Im Gegensatz zum EuGVÜ wird der Sitz juristischer Personen nunmehr autonom bestimmt (Art. 60 EuGVVO).

¹⁰⁵⁰ 12. Erwägungsgrund EuGVVO.

schwächeren Partei verstärkt, beispielsweise durch die Ausweitung des sachlichen und situativen Anwendungsbereichs von Verbrauchersachen¹⁰⁵¹.

Die Entscheidungen anderer mitgliedstaatlicher Gerichte werden ipso iure anerkannt und auch die Vollstreckbarerklärung erfolgt nach einer einfachen formalen Prüfung nunmehr fast automatisch. Anerkennungsversagungsgründe müssen durch eine Partei im Rechtsbehelfsverfahren geltend gemacht werden.

Die Verordnung passt die Regelungen an neue technische Entwicklungen an¹⁰⁵², berücksichtigt die EuGH-Rechtsprechung¹⁰⁵³ und führt einige längst geforderte Neuerungen ein. Folge der Vergemeinschaftung ist auch die Änderung der Voraussetzungen für die Erlangung von Rechtsschutz. Während nach Art. 2 Nr. 2 des Luxemburger Protokolls betreffend die Auslegung des EuGVÜ¹⁰⁵⁴ alle Gerichte vorlegen konnten, sofern sie als Rechtsmittelinstanz entschieden, galten nun zunächst die engeren Voraussetzungen des Art. 68 EG¹⁰⁵⁵. Seit dem 1. Mai 2004 gelten die Art. 226 ff. EG.

2. Art. 61 lit. c i.V.m. Art. 65 EG als Kompetenzgrundlage

Die Verordnung ist auf Art. 65 lit. a 3. Spiegelstrich und Art. 65 lit. b EG gestützt.

a. Binnenmarktbezug

Auch im Rahmen der Verordnung zur Revision des EuGVÜ stehen Kompetenzprobleme im Vordergrund.

aa. Binnenmarktbezug des Regelungsgegenstandes der Verordnung

Vielfach wird der Binnenmarktbezug der Gerichtsstands- und Vollstreckungsregeln bestritten¹⁰⁵⁶. Im 2. Erwägungsgrund wird nur erwähnt, dass Unterschiede zwischen den einzelstaatlichen Vorschriften über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung von Entscheidungen das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erschweren. Dies ist sehr allgemein formuliert. Der Binnenmarktbezug von Zuständigkeits-, Anerkennungs- und Vollstreckungsvorschriften, zumal in Zivil- und Handelssachen, wurde jedoch schon ausführlich erörtert¹⁰⁵⁷. Durch einheitliche Zuständigkeits-, Anerkennungs-

¹⁰⁵¹ Micklitz/Rott, EuZW 2001, 325 (330 f.); Kohler, Vom EuGVÜ zur EuGVVO: Grenzen und Konsequenzen der Vergemeinschaftung, in: Schütze (Hrsg.), Festschrift für Geimer, 461 (479).

¹⁰⁵² Bsp.: Art. 15 Abs. 1 c) – Verträge, zu deren Abschluss der Verbraucher aufgrund einer Website animiert wurde.

¹⁰⁵³ Micklitz/Rott, EuZW 2001, 325 (333).

¹⁰⁵⁴ BGBl. 1972 II, 846.

¹⁰⁵⁵ Teil 1, C.IV.4.

¹⁰⁵⁶ Beispielsweise: Monar, ELR 1998, 320 (324).

¹⁰⁵⁷ Siehe Teil 2, B.II.

und Vollstreckbarkeitsregelungen können insbesondere hinkende Rechtsverhältnisse vermieden werden und das Recht wird vorhersehbarer.

Teilweise wird jedoch auch erklärt, dass der Regelungsschwerpunkt im Bereich der Warenverkehrsfreiheit liege und deshalb Art. 95 EG die richtige Rechtsgrundlage sei¹⁰⁵⁸. Diese Unterscheidung ist aber nicht der Anknüpfungspunkt der Abgrenzung¹⁰⁵⁹. Sie hat vielmehr nach dem Hauptzweck zu erfolgen, der wiederum eindeutig in der Schaffung eines einheitlichen Rechtsraums mittels der Verbesserung des Zugangs zum Recht liegt. Es handelt sich keinesfalls um eine bloße Annexvorschrift im Rahmen einer Sachrechtsvereinheitlichung.

bb. Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Übereinkommen

Die Frage nach der Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Übereinkommen stellt sich auch hier sehr aktuell, da gegenwärtig im Rahmen der Haager Konferenz ein Vorentwurf für ein weltweites Gerichtsstands- und Vollstreckungsabkommen vorliegt¹⁰⁶⁰. Nach Art. 4 EuGVVO verbleibt die Restzuständigkeit, also die Zuständigkeit bei einem außerhalb der Gemeinschaft belegenen Beklagtenwohnsitz bei den Mitgliedstaaten. Diese Regelung kann sowohl autonom, als auch durch Staatsverträge getroffen werden. Konsequenterweise wurde Art. 59 EuGVÜ abgeschafft, der allein den Vertragsstaaten die Möglichkeit des Abschlusses von Abkommen mit Drittstaaten im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung vorbehielt. Denn die Zuständigkeit der Gemeinschaft auch für diesen Bereich ergibt sich nunmehr aus Gemeinschaftsrecht. Nach Auffassung des Rates können Mitgliedstaaten weiter mit Drittstaaten verhandeln, wenn durch eine Abkopplungsklausel der Gemeinschaftshandlung Priorität im innergemeinschaftlichen Bereich eingeräumt und deshalb die Konvention die Gemeinschaftshandlung nicht beeinträchtigen würde¹⁰⁶¹. Eine solche Abkopplungsklausel findet sich im letzten Entwurf des Haager Übereinkommens¹⁰⁶². Ein solches Vorgehen ist jedoch nicht gemeinschaftsrechtskonform. Allein das Bestehen einer Abkopplungsklausel kann keine Auswirkungen auf die Kompetenz haben. Die Mitgliedstaaten können vielmehr nur noch in nicht von der Gemeinschaft harmonisierten Fragen tätig

¹⁰⁵⁸ *Israël*, MJ 2000, 81 (98).

¹⁰⁵⁹ Siehe Teil 3, B.II.1.b.

¹⁰⁶⁰ Der Vorentwurf wurde am 30.10.1999 von einer Expertenkommission verabschiedet. Dazu: *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325 (326); *Heß*, IPRax 2000, 342 (342 f.).

¹⁰⁶¹ Rat, Legal service, Rdnr. 22.

¹⁰⁶² Art. 37 Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and foreign Judgements in Civil and Commercial Matters adopted by the Special Commission on 30 Oct. 1999, <http://www.hech.net/e/conventions/draft/36e.html> und Art. 23 Work doc. No 110E revised, <http://www.ncch.net/e/workprog/jdm.html>

werden, so wie es sich ausdrücklich aus Art. 4 EuGVVO ergibt¹⁰⁶³. Denn hier besteht keine ausschließliche Zuständigkeit und die Gemeinschaft verzichtet zunächst im Rahmen der konkurrierenden Zuständigkeit. Im Falle einer Harmonisierung des Sachbereiches ist die Gemeinschaft ausschließlich zuständig. Internationale Erfordernisse führen letztlich zu einer Derogation der Zuständigkeit in dem Sinne, dass die Mitgliedstaaten im Prinzip als Vertreter der Gemeinschaft auftreten¹⁰⁶⁴.

Solche Erfordernisse bestehen nicht für die Revision des Luganer Übereinkommens. Hier liegt eine alleinige Zuständigkeit der Gemeinschaft vor, denn das Übereinkommen entspricht inhaltlich der Verordnung. Der Rat hat jedoch zur Klärung der Frage den EuGH um die Vorlage eines Gutachtens über die Frage ersucht, ob eine ausschließliche Zuständigkeit oder eine gemischte Zuständigkeit der Gemeinschaft vorliegt¹⁰⁶⁵.

cc. Verbraucherzuständigkeit

Es ist strittig, ob die bisherige Verbraucherzuständigkeit nach Art. 13 ff. EuGVÜ aus diesem herausgelöst werden musste und nunmehr auf Art. 153 EG zu stützen war¹⁰⁶⁶. Wie jedoch festgestellt wurde, handelt es sich bei Art. 153 EG nur in einem sehr eingeschränkten Maße - nämlich für außerhalb des Binnenmarktes gelegene Unterstützungsmaßnahmen - um eine eigene Kompetenz. Vorliegend werden nur binnenmarktrelevante Bereiche des Verbraucherschutzes geregelt. Für die Fragen wird auf Art. 95 EG verwiesen, der jedoch nicht einschlägig ist, da es sich nicht um eine Begleitregelung handelt, sondern der Zugang zum Recht erleichtert werden soll.

b. Grenzüberschreitende Bezüge

Art. 2 Abs. 1 EuGVVO ist nicht nur Zuständigkeitsregelung, sondern auch Abgrenzungsnorm¹⁰⁶⁷. Die Verordnung ist immer dann anwendbar, wenn sich der Beklagtenwohnsitz in einem Mitgliedstaat befindet¹⁰⁶⁸, also auch dann, wenn beispielsweise ein Drittstaatenangehöriger seinen Wohnsitz dort hat, oder wenn ein in einem Drittstaat ansässiger Kläger gegen einen Beklagten mit Wohnsitz in

¹⁰⁶³ So auch: *Jayme/Kohler*, IPRax 2002, 461 (469).

¹⁰⁶⁴ Siehe Teil 3, A.I.2.a.aa.(1)(a)(bb). Zum praktischen Ablauf: Erklärung des Rates zur Brüssel I-Verordnung, IPRax 2001, 259, (260 f.).

¹⁰⁶⁵ ABL. EG 2003, Nr. C 101, 1.

¹⁰⁶⁶ *Heß*, NJW 2000, 23 (30).

¹⁰⁶⁷ *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rdnr. 1264.

¹⁰⁶⁸ Dies kritisiert: *Geimer*, IPRax 2002, 69 (72), der einen weiteren Anwendungsbereich für wünschenswert erachtet: „Die draußen vor den Toren der Festung Europa überlässt man den Pressionen und Unzuträglichkeiten des jeweiligen Kompetenzrechts“.

einem Mitgliedstaat klagt¹⁰⁶⁹. Auch für die ausschließlichen Zuständigkeiten der Art. 22 und 23 EuGVVO (Gerichtsstandsvereinbarungen) ist kein weitergehender Bezug zu einem Mitgliedstaat zu fordern¹⁰⁷⁰. Gemäß Art. 23 EuGVVO muss lediglich ein Beteiligter im Gemeinschaftsgebiet seinen Wohnsitz haben. Schon das EuGVÜ wurde nicht so ausgelegt, dass zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein müssen¹⁰⁷¹. Auch im Rahmen des Art. 65 EG ist die Gemeinschaft ermächtigt, Regelungen im Verhältnis zu Drittstaaten zu treffen und ein solch weiter Anwendungsbereich trägt dem Binnenmarkterfordernis in besonderer Weise Rechnung. Befindet sich der Beklagtenwohnsitz dagegen nicht in einem Mitgliedstaat, richtet sich die Zuständigkeit nach ergänzendem autonomen mitgliedstaatlichen Recht (Art. 4 Abs. 1 EuGVVO).

Mitgliedstaatliche Entscheidungen werden anerkannt und vollstreckt, unabhängig davon, ob dem eine Zuständigkeit nach der Verordnung oder autonomen Recht zugrunde lag¹⁰⁷². Dies entspricht dem dargestellten weiten Binnenmarktbezug.

c. Förderung der Vereinbarkeit

Die Verordnung fördert durch die umfassende Vereinheitlichung auch die Vereinbarkeit der Rechtsnormen.

d. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit

Es bestehen keine Bedenken bezüglich der Einhaltung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes¹⁰⁷³.

3. Beteiligung

Das Vereinigte Königreich und Irland haben die Verordnung für anwendbar erklärt, während Dänemark nicht teilnimmt¹⁰⁷⁴. Dänemark strebt aber zurzeit den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages mit der Gemeinschaft an¹⁰⁷⁵. Gegenüber in Dänemark ansässigen Prozessparteien gilt solange das EuGVÜ weiter¹⁰⁷⁶, so dass es auch hier zu einer Differenzierung des Anwendungsbereiches kommt.

¹⁰⁶⁹ So schon für das EuGVÜ: *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rdnr. 122.

¹⁰⁷⁰ *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325 (327).

¹⁰⁷¹ EuGH, Rs. C-412/98, Urt. v. 13.7.2000 - Group Josi - Slg. 2000, I-5925 (5954, Rdnr. 42).

¹⁰⁷² *Piltz*, NJW 2002, 789 (790).

¹⁰⁷³ Hierzu schon Erwägungen zu den anderen Rechtsakten: Teil 3, C.I.2.d.; Teil 3, C.II.2.d.

¹⁰⁷⁴ 20. und 21. Erwägungsgrund der VO.

¹⁰⁷⁵ *Geimer*, IPRax 2002, 69 (70); *Jayme/Kohler*, IPRax 2003, 485 (488). Es bestehen noch Schwierigkeiten, wie die zur Verordnung ergehende Rechtsprechung für Dänemark verbindlich gemacht werden soll.

¹⁰⁷⁶ KOM (1998), 348 endg.; *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325 (326).

Einige Hoheitsgebiete, die zwar dem territorialen Anwendungsbereich des EuGVÜ unterfielen, wie beispielsweise Andorra¹⁰⁷⁷ und Aruba¹⁰⁷⁸ sind gemäß Art. 299 EG nicht von dem der Verordnung erfasst (Art. 68 EuGVVO). Keine Anwendung findet die EuGVVO im Gegensatz zum EuGVÜ auf die TOM¹⁰⁷⁹, die nur in einem Assoziierungsverhältnis mit der EG stehen. In Gibraltar fand dagegen das EuGVÜ keine Anwendung¹⁰⁸⁰, während die Verordnung angewendet wird, da diese keine Einschränkung des Art. 28 der Beitrittsakte¹⁰⁸¹ darstellt und das Vereinigte Königreich seine Teilnahme erklärt hat¹⁰⁸². Die Verordnung gilt ebenso wie das Übereinkommen nicht in San Marino und Monaco¹⁰⁸³. Sie gilt aber genau wie das Übereinkommen nach Art. 299 Abs. 2 EG auch für die DOM, da keine Ausnahmeregelung getroffen wurde¹⁰⁸⁴.

4. Ergebnis

Die Verordnung entspricht den in den allgemeinen Ausführungen gewonnenen Ergebnissen.

IV. Vorarbeiten zu kollisionsrechtlichen und international-verfahrensrechtlichen Rechtsakten

Der Rat machte in seinem Maßnahmeprogramm deutlich, dass auch andere Fragen des internationalen Verfahrensrechts und auch das Kollisionsrecht der Weiterentwicklung bedürfen¹⁰⁸⁵. Hierbei stellt er insbesondere ab auf Fragen bezüglich der Folgen der Auflösung von Güterständen und andere vermögensrechtliche Aspekte der Trennung von Paaren, der Folgen der Trennung von nicht verheirateten Paaren für das Vermögen, des Rechts der vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse, der Abschaffung des Exequaturverfahrens bei Unterhaltsansprüchen und unbestrittenen Forderungen sowie auf das Erbrecht¹⁰⁸⁶. Die Kommission hat teilweise bereits entsprechende Vorschläge unterbreitet.

¹⁰⁷⁷ Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Einleitung, Rdnr. 106.

¹⁰⁷⁸ Kohler, in: Schütze (Hrsg.), Festschrift für Geimer, 461 (472). Die Niederlande hatten die Geltung des EuGVÜ für Aruba notifiziert.

¹⁰⁷⁹ Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Einleitung, Rdnr. 112. Bei den Territoires d'outre mer handelt es sich um die Komoren, Neukaledonien, Polynesien, St. Pierre und Miquelon, Wallis und Futuna.

¹⁰⁸⁰ Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Einleitung, Rdnr. 108.

¹⁰⁸¹ ABl.EG 1972 Nr. L 73, 1 (27).

¹⁰⁸² Siehe Erklärung des Vereinigten Königreiches: ABl.EG 2001 Nr. C 13, 1.

¹⁰⁸³ Becker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 299, Rdnr. 6; Schröder, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Art. 299, Rdnr. 34 f. Anders: Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Einleitung, Rdnr. 104 f.

¹⁰⁸⁴ Die Départements d'outre mer sind Guadeloupe, Guyana, Martinique, Réunion.

¹⁰⁸⁵ ABl.EG 2001 Nr. C 12, 1 (3).

¹⁰⁸⁶ Hierzu schon: KOM (2001), 505 endg.

1. Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen

Ziel des Vorschlages der Kommission über eine Verordnung des Rates zur Einführung eines Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen¹⁰⁸⁷ ist die Möglichkeit der zügigen und effizienten Vollstreckung von Geldforderungen, die der Schuldner ausdrücklich als begründet anerkannt hat oder bei denen auch ohne Stellungnahme des Schuldners anzunehmen ist, dass er keine Einwände geltend machen wird (Bsp.: vor Gericht geschlossene Vergleiche). Es ist nicht notwendig, dass die Entscheidung rechtskräftig ist, die Vollstreckbarkeit wird als ausreichend angesehen. Das Exequaturverfahren wird in einem solchen Fall abgeschafft, es genügt vielmehr eine Bescheinigung über einen Europäischen Vollstreckungstitel (vereinheitlichtes Formblatt), welche das Gericht des Ursprungsstaates erteilt. Die Prüfung von Anerkennungs- und Vollstreckungsvoraussetzungen beziehungsweise -versagungsgründen und das Vollstreckbarerklärungsverfahren entfallen damit ersatzlos¹⁰⁸⁸. Der Schuldnerschutz wird allein durch das Gericht des Ursprungsstaates gewährleistet. Diese Verordnung ist auf Art. 61 lit. c i.V.m. Art. 65 lit. a 3. Spiegelstrich EG zu stützen.

2. Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht

Der erste Vorschlag im Bereich des Kollisionsrechts bezieht sich auf das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht¹⁰⁸⁹. Die Kommission konnte bezüglich dieses Vorschlages auf eigene frühere Vorschläge¹⁰⁹⁰ und auf die Arbeiten der „Europäischen Gruppe für internationales Privatrecht“, die auf Grundlage des Beschlusses des Rates der Europäischen Union tätig wurde¹⁰⁹¹, zurückgreifen. Die allgemeine Kollisionsnorm befindet sich in Art. 3 Abs. 1 der VO. Anzuwenden ist danach das Recht des Staates, in dem der konkrete Schaden eingetreten ist oder eintreten droht. Diese *lex loci delicti commissi*-Regel findet sich auch schon jetzt in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, wird aber in der konkreten Auslegung sehr unterschiedlich gehandhabt, so dass eine

¹⁰⁸⁷ KOM (2002), 159 endg., geändert durch KOM (2003) 341 endg.; Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament gem. Art. 251 Abs. 2 Uabs. 2 EG betreffend den gemeinsamen Standpunkt des Rates, KOM (2004), 90 endg.

¹⁰⁸⁸ Geimer, IPRax 2002, 69 (71). Es war lange Zeit nicht geklärt, welchen Mindeststandards die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks entsprechen muss, damit eine Versäumnisentscheidung vom Ursprungsgericht als europäischer Vollstreckungstitel bestätigt werden kann, vgl.: Jayme/Kohler, IPRax 2003, 485 (489). Der neue Vorschlag des Rates enthält nunmehr Mindestvorschriften über die Zustellung und eine erschöpfende Liste der möglichen Zustellungsarten, aus denen frei gewählt werden kann, KOM (2004), 90 endg.

¹⁰⁸⁹ KOM (2003) 427 endg.

¹⁰⁹⁰ Schon 1972 legte die Kommission einen Vorentwurf eines Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vor, abgedruckt in: RabelsZ 1974, 211 (211 ff.).

¹⁰⁹¹ Hierzu: Fallon, ERPL, 1995, 45 (46); Jayme, IPRax 1998, 140 (141).

Vereinheitlichung notwendig ist. Die Grundregel wird ergänzt durch eine vorrangige Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt und durch eine Anknüpfung an die offensichtlich engere Verbindung¹⁰⁹². Weiterhin wird die nachträgliche Rechtswahl zugelassen¹⁰⁹³. Spezielle Regelungen wurden für die Bereiche Produkthaftung, unlauterer Wettbewerb, Verletzung der Privatsphäre und der Persönlichkeitsrechte, Verletzung der Rechte am geistigen Eigentum, Umweltschädigungen, Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigte Bereicherung geschaffen.

Art. 2 der Verordnung statuiert, dass die Kollisionsnormen auch auf drittstaatliches Recht verweisen, dass es sich also um allseitige Kollisionsnormen handelt. Die Gemeinschaft hat – wie oben festgestellt – die entsprechende Befugnis¹⁰⁹⁴. Art. 20 der Verordnung macht deutlich, dass die Normen Sachnormverweisungen darstellen.

Der Vorschlag ist auf Art. 61 lit. c EG gestützt. Richtige Rechtsgrundlage ist Art. 61 lit.c i.V.m Art. 65 lit. b EG.

3.Weitere Maßnahmen auf dem Gebiet des Kollisionsrechts

Auch auf weiteren Gebieten sollten nach den Forderungen des Aktionsplanes die Kollisionsnormen vereinheitlicht werden. Der aufgestellte Zeitplan konnte aber nicht eingehalten werden. Insbesondere die Vergemeinschaftung des Römischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ist nicht innerhalb der vorgesehenen zwei Jahre erfolgt. Im Januar 2003 hat die Kommission vielmehr erst ein Grünbuch vorgelegt¹⁰⁹⁵. Der Schwerpunkt liegt in der Änderung des Art. 5 EVÜ. Auch der mobile Verbraucher soll nunmehr geschützt werden.

Der formale Rechtssetzungsprozess für eine Verordnung über das auf Scheidungen anzuwendende Recht, welche die Brüssel II-VO in kollisionsrechtlicher Hinsicht ergänzt, wurde noch nicht eingeleitet¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹² Es wurde damit nicht Art. 4 EVÜ übernommen, sondern diese Klausel ist ausdrücklich als Ausweichklausel gestaltet. So auch: *Leible/Engel*, EuZW 2004, 7 (11).

¹⁰⁹³ Für eine Ausweitung auch auf eine vorherige Rechtswahl: *Leible/Engel*, EuZW 2004, 7 (15).

¹⁰⁹⁴ Teil 3, A.I.2.a.aa.(2)(a)((2)).

¹⁰⁹⁵ KOM (2002), 654 endg.

¹⁰⁹⁶ Hierzu: *Wagner*, *RabelsZ* 2004, 119 (120 ff.).

V. Auf Art. 65 EG gestützte Rechtsakte und Vorschläge im Bereich des Verfahrensrechts

Zur Vervollständigung soll abschließend auf die auf Art. 65 lit. a und c EG gestützten Rechtsakte im Bereich des Prozessrechts eingegangen werden. Auch die Umsetzung der Vorschläge im Bereich des grenzüberschreitenden Verfahrensrechts ist notwendig für die Schaffung eines Raumes des Rechts, denn dieser setzt eine Verbesserung der gerichtlichen Zusammenarbeit und eine Vereinfachung und Straffung der Verfahren voraus¹⁰⁹⁷.

1. Zustellungsverordnung

Die Verordnung¹⁰⁹⁸ trat am 31. Mai 2001 in Kraft. Der diesbezügliche Kommissionsvorschlag sah noch die Handlungsform der Richtlinie vor, aufgrund einer Forderung des Europäischen Parlaments wurde jedoch eine Verordnung erlassen¹⁰⁹⁹. Die Zustellungsverordnung beruht auf Art. 65 lit. a 1. Spiegelstrich EG. Dieser führt ausdrücklich die Verbesserung und Vereinfachung des Systems für die grenzüberschreitende Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke als Tätigkeitsfeld auf. Auslandszustellungen gestalteten sich bezüglich der Binnenmarktrealisierung in mehrfacher Hinsicht schwierig¹¹⁰⁰: Sprachprobleme, Zeitverzögerungen¹¹⁰¹, unterschiedliche Rechtsordnungen. Sie sind jedoch zur Durchsetzung grenzüberschreitender Ansprüche notwendig. Zustellungsmängel zählten statistisch gesehen zu den häufigsten Ursachen der Versagung der Anerkennung nach dem EuGVÜ¹¹⁰². Wenn man die Zustellung als Dienstleistung betrachtet, die auch private Anbieter erbringen können, ergibt sich für diese durch die Zulässigkeit grenzüberschreitender Zustellungen eine Marktöffnung¹¹⁰³.

Die Verordnung übernimmt inhaltlich weitgehend das Übereinkommen und beschränkt sich im Wesentlichen auf technische Fragen¹¹⁰⁴. Es wird nicht die Frage des „Ob“ der Zustellung geregelt, sondern nur diejenige des „Wie“, wenn das „Ob“ schon nach den nationalen Zivilprozessrechten geklärt wurde. Die

¹⁰⁹⁷ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu der „Initiative der Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen“, ABl.EG 2001 Nr. C 139, 10 (12).

¹⁰⁹⁸ VO 1348/2000, ABl.EG 2000 Nr. L 160, 37.

¹⁰⁹⁹ Lindacher, ZZP 2001, 179 (181).

¹¹⁰⁰ Heß, NJW 2001, 15 (15); Stadler, IPRax 2001, 514 (515).

¹¹⁰¹ Eine grenzüberschreitende Zustellung dauerte ca. 4-5 Monate, vgl.: Stadler, IPRax 2001, 514 (515).

¹¹⁰² Jayme/Kohler, IPRax 1996, 377 (389) Heß, NJW 2001, 15 (17).

¹¹⁰³ Heß, NJW 2001, 15 (22).

¹¹⁰⁴ Heß, NJW 2000, 23 (26).

förmliche Zustellung im direkten Rechtshilfeweg (Übermittlungs- und Empfangsstellen) wird favorisiert. Das Ersuchen ausländischer Zustellungsorgane direkt durch die Prozessgerichte ist nicht zulässig und auch die einfache postalische Direktzustellung ist nur in einem sehr eingeschränkten Maße möglich¹¹⁰⁵. Problematisch ist die Vielzahl der durch die Verordnung eröffneten Abweichungsoptionen (Art. 4 Abs. 3, 9 Abs. 3, 10, 12-15, 19, 23 Abs. 2). Der Harmonisierungseffekt wird hierdurch massiv abgeschwächt¹¹⁰⁶, was Probleme bezüglich der in Art. 65 EG aufgestellten Zielrichtung einer Vereinfachung erkennen lässt.

Das Vereinigte Königreich und Irland haben ihre Beteiligung an der Verordnung erklärt¹¹⁰⁷. Im Verhältnis zu Dänemark gelten weiterhin das Haager Zustellungsübereinkommen von 1965 und das Haager Zivilprozessübereinkommen von 1954.

2. Verordnung des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen

Die Verordnung Nr. 1206/2001 des Rates¹¹⁰⁸ trat am 1. Juli 2001 in Kraft. Durch sie soll gewährleistet werden, dass das „Ersuchen um Beweisaufnahme und deren Erledigung direkt und auf schnellstmöglichem Wege zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten erfolgt“¹¹⁰⁹. Schwierigkeiten, die im Prozessverlauf auftreten, wenn richterliche Prozesshandlungen aufgrund des Souveränitätsdenkens nicht in anderen Mitgliedstaaten ausgeübt werden können, sollen damit leichter überwunden werden. Mit dem Rechtshilfeverfahren, dem Verfahren der Direktaufnahme und der Beweismittelanforderung steht dem ersuchenden Gericht eine Vielzahl von möglichen Verfahren offen¹¹¹⁰. Der Beschleunigung dient hierbei die Einführung von Formblättern. Die Verordnung enthält einen *ordre public*-Vorbehalt, indem sie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gibt, die Beweisaufnahme zu verweigern, wenn das Ersuchen „wesentlichen Grundsätzen zuwiderläuft“¹¹¹¹. Die Verordnung ist auf Art. 65 lit. a 2. Spiegelstrich EG gestützt. Der Binnenmarktbezug ergibt sich aus der Erleichterung der Geltendmachung und der Durchsetzung von Ansprüchen. Das Vereinigte

¹¹⁰⁵ Heß, NJW 2000, 23 (26).

¹¹⁰⁶ Lindacher, ZZP 2001, 179 (193); Heß, JZ 2001, 15 (19).

¹¹⁰⁷ 17. Erwägungsgrund; Müller-Graff/Kainer, DRiZ 2000, 350 (353).

¹¹⁰⁸ ABl. EG 2001 Nr. L 174, 1 ff.

¹¹⁰⁹ 8. Erwägungsgrund Beweisaufnahme-VO.

¹¹¹⁰ Berger, IPRax 2001, 522 (527).

¹¹¹¹ Heß, JZ 2001, 573 (579).

Königreich und Irland haben im Gegensatz zu Dänemark die Anwendung der Verordnung erklärt¹¹¹².

3. Entscheidung über die Einrichtung eines Europäischen Justitiellen Netzes in Zivil- und Handelssachen vom 28. Mai 2001

Das Europäische Justitielle Netz in Zivil- und Handelssachen¹¹¹³ betrifft die Zusammenarbeit bei der Abwicklung von Verfahren mit grenzüberschreitenden Bezügen und bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrechtsakten sowie das Erstellen eines Informationssystems, auf das die Öffentlichkeit und Verwaltung Zugriff nehmen können (Art. 3 Abs. 2 Entscheidung). Diese Ziele sollen durch die Schaffung von Kontaktstellen und die Zusammenarbeit dieser Kontaktstellen erreicht werden. Gestützt wurde diese Entscheidung sowohl auf Art. 61 lit. c, 65 EG als auch auf Art. 66 EG. Problematisch erscheint, dass in Art. 65 EG von einem solchem Europäischen Justitiellen Netz nicht die Rede ist. In Betracht kommt nur Art. 65 lit. c EG oder eine außerhalb der lit. a-c liegende Maßnahme, die jedoch auch für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sein muss. Ein mittelbarer Binnenmarktbezug besteht aufgrund der Erleichterung der Informationsbeschaffung und damit der Beschleunigung des Verfahrens. Dies muss aber bei der Weite der Auslegung dieses Bezuges¹¹¹⁴ genügen. Die Errichtung des Netzes stellt einen bedeutenden Schritt bei der Schaffung eines europäischen Rechtsraumes dar¹¹¹⁵.

4. Prozesskostenhilfe und andere mit Zivilverfahren verbundene finanzielle Aspekte

Nach dem Grünbuch¹¹¹⁶ und einem Richtlinienvorschlag der Kommission verabschiedete der Rat eine Richtlinie zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug durch Festlegung gemeinsamer Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe in derartigen Streitsachen¹¹¹⁷. Ziel der Richtlinie ist die Ermöglichung eines effektiven Zugangs zum Recht¹¹¹⁸. Die Personen, die Verfahren in anderen Mitgliedstaaten anstrengen, sollen den dort ansässigen gleichgestellt werden¹¹¹⁹. Die Kommission und der Rat wählten hier die Form der Richtlinie, da sie die konkrete

¹¹¹² Erwägungsgrund 21 Beweisaufnahme-VO.

¹¹¹³ ABl.EG 2001, Nr. L 174, 25 ff.

¹¹¹⁴ Teil 3.A.I.2.a.aa.

¹¹¹⁵ 3. Erwägungsgrund EJM-Entscheidung.

¹¹¹⁶ KOM (2000), 51 endg.

¹¹¹⁷ ABl.EG 2003 Nr. L 26, 41 ff.

¹¹¹⁸ 6. Erwägungsgrund; ABl.EG 2003 Nr. L 26, 41 (41).

¹¹¹⁹ Art. 4 Prozesskostenhilfe-RL; ABl.EG 2003 Nr. L 26, 41 (44).

Ausgestaltung, beispielsweise die Modalitäten der anwaltlichen Unterstützung und die Festlegung der Schwellenwerte, den Mitgliedstaaten überlassen wollten. Richtige Rechtsgrundlage für diese Richtlinie ist Art. 65 lit. c EG.

5. Europäisches Mahnverfahren

Bei dem europäischen Mahnverfahren handelt es sich um ein spezifisches Verfahren zur rascheren und effizienteren Beitreibung voraussichtlich unbestrittener Forderungen mithilfe eines Standardformulars. Dieses Verfahren soll sich lediglich auf bezifferte Geldforderungen beschränken. Die Kommission hat hierzu nach einem Grünbuch¹¹²⁰ einen Verordnungsvorschlag¹¹²¹ vorgelegt. Hierbei erweist sich die Definition des Anwendungsbereiches des europäischen Mahnverfahrens als problematisch. Art. 65 EG erfordert einen grenzüberschreitenden Bezug. Der Kommissionsvorschlag geht aber davon aus, dass dieses Verfahren auch für rein innerstaatliche Verfahren gelten müsse, da sonst eine Beeinträchtigung des Binnenmarktes drohe. Jedoch kann die Kommission allein mit einem Verweis auf eine Wettbewerbsverfälschung nicht ein Tatbestandsmerkmal des Art. 65 EG aushebeln. Notwendig wäre vielmehr eine Konkretisierung dieses Merkmales für das europäische Mahnverfahren. Weiterhin legt die Verordnung nicht fest, vor welchem Gericht ein solches Verfahren durchgeführt werden kann. Es wird weder ein eigener Gerichtsstand festgelegt noch auf andere Gemeinschaftsrechtsakte verwiesen. Die Verordnung ist auf Art. 61 lit. c iV.m. 65 lit. c EG zu stützen.

VI. Ergebnis

Alle vier Verordnungen, die bisher auf Grundlage des Art. 65 lit. b EG erlassen wurden, können so ausgelegt werden, dass sie mit den aufgestellten Forderungen übereinstimmen. Es existieren Vorarbeiten zu weiteren Rechtsakten auf diesem Gebiet. Auch auf anderen Gebieten der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen wurden bereits Rechtsakte erlassen.

Dieses rege Tätigwerden der europäischen Organe ist zu begrüßen. Zwar wurden vor allem schon ausgearbeitete Übereinkommen übernommen, jedoch ergeben sich aus den neuen Rechtsformen positive Effekte. Der Erlass inhaltlich völlig neuer Akte konnte schon aufgrund der Kürze der Zeit nicht erwartet werden.

¹¹²⁰ KOM (2002), 746 endg.

¹¹²¹ KOM (2004), 173 endg.

D. Das Verhältnis neuer Rechtsakte zu bestehenden Rechtsakten

Nicht nur die Anwendung und Abgrenzung der Kompetenz für die Vereinheitlichung des IPR wirft Probleme auf, sondern auch das Verhältnis dieser neu erlassenen und noch zu erlassenden Rechtsakte zu den alten schon in Kraft gesetzten. Die gleichzeitige Geltung von Völkerrecht, Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht führt zu einer Fülle von Unklarheiten und Zuordnungsproblemen¹¹²².

I. Die Rechtsakte des internationalen Privatrechts - Quellenpluralismus

Der „Quellenpluralismus“¹¹²³ erschwert dem nationalen Richter und dem Rechtsanwender die Suche nach dem anzuwendenden Recht. Das vorgenannte Problem der fehlenden Vorhersehbarkeit und der Rechtsunsicherheit wird durch die Schaffung neuer Vorschriften regelmäßig verstärkt¹¹²⁴. Dies ist in nicht so hohem Maße der Fall, wenn die neue Norm eine alte Regelung ersetzt, wie dies in den vorliegenden Materien teilweise gegeben ist, da keine quantitative Änderung stattfindet. Jedoch ändert sich die Qualität dieser Materie, da es sich nun nicht mehr um nationales oder um staatsvertragliches, sondern supranationales Recht handelt. Diese Konflikte sind unvermeidbare Begleiterscheinung einer Vereinheitlichung. Wenn man jedoch mit diesem Argument den Erlass von Gemeinschaftsrecht ablehnt, müsste man jeglichen Vereinheitlichungsbemühungen entgegentreten, insofern sie nicht zu einer weltweiten Vereinheitlichung unter Beteiligung aller Länder führen. Da dies jedoch utopisch ist, eine Vereinheitlichung aber im Verhältnis der teilnehmenden Staaten bei entsprechender inhaltlicher Gestaltung eine Verbesserung und Vereinfachung darstellt, wird mit dem Quellenpluralismus zu leben sein¹¹²⁵. Die Gemeinschaft muss aber den mitgliedstaatlichen und weltweiten Belangen bei der Ausarbeitung in genügendem Maße Rechnung tragen. Um die entstehenden und verbleibenden Konflikte deutlich zu machen, sollen die verschiedenen Rechtsquellen noch einmal zusammenfassend dargestellt werden.

¹¹²² *Hailbronner*, Die Neuregelung der Bereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung, 179 (196). *Mosiek-Urbahn*, ZRP 2000, 297 (298), stellt fest, dass die bisherige Rechtsharmonisierung das in Europa geltende Recht nicht einfacher und übersichtlicher gemacht hat.

¹¹²³ Dieser Begriff wurde von *Jayme/Kohler*, IPRax 1994, 405 (405) geprägt.

¹¹²⁴ *Leible*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 353 (379); *von Bar*, IPR I, Rdnr. 203. *Busch*, IPRax 2003, 218 (222), beklagt dies insbesondere bezüglich des Sorgerechtsregelungen in der Brüssel IIa-VO, da hier die Gefahr bestünde, dass es bei der Einleitung und Durchführung von Maßnahmen zu Unsicherheiten und Zögerlichkeiten komme, die den Schutz der Kinder schwäche.

¹¹²⁵ *Kropholler/Blobel*, Unübersichtliche Gemengelage im IPR durch EG-Verordnungen und Staatsverträge, in: Coester/Martiny/Prinz von Sachsen Gessaphe (Hrsg.), Festschrift für Sonnenberger, 453 (478).

1. Völkerrecht

Multilaterale völkerrechtliche Verträge werden im Privatrecht zumeist im Rahmen von internationalen Konferenzen abgeschlossen oder zumindest von intergouvernementalen Gremien vorbereitet¹¹²⁶. Deren Aufgabe ist primär die Erarbeitung von Einheitsrecht mit weltweitem Geltungsanspruch. Die größte Rolle spielen hier die Haager Konferenz für internationales Privatrecht und UNCITRAL¹¹²⁷.

Die Haager Konferenz für internationales Privatrecht, die bereits 1893 gegründet wurde, strebt ihrer Satzung nach eine weltweite Rechtsvereinheitlichung im internationalen Privatrecht an. Ihr gehören gegenwärtig 61 Staaten an. De facto beschränkt sich diese Vereinheitlichung jedoch auf die kontinental-europäischen und nordamerikanischen Teilnehmerstaaten. Eine umfassende IPR-Kodifikation erwies sich zudem als unerreichbar¹¹²⁸, so dass man die Arbeit auf konkrete Sachbereiche eingrenzte. Auf den ersten vier Konferenzen (1893 - 1904) wurden fünf große familienrechtliche und prozessrechtliche Konventionen verabschiedet, die auch binnen kurzer Zeit in Kraft traten¹¹²⁹. Jedoch beteiligten sich an diesen weder das Vereinigte Königreich noch die Vereinigten Staaten, und im ersten und zweiten Weltkrieg wurden diese Verträge von vielen Staaten gekündigt. Nach dem zweiten Weltkrieg ist der größte Erfolg wohl dem Minderjährigenschutzabkommen vom 5.10.1961 zuzuschreiben¹¹³⁰. Die

¹¹²⁶ Heß, IPRax 2001, 389 (395).

¹¹²⁷ Daneben sind aber beispielsweise der Europarat, vor allem die Internationale Kommission für Zivilstandswesen (CIEC) und auch UNIDROIT tätig. Der Europarat war insbesondere auf dem Gebiet des Sorgerechts durch das Europäische Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts vom 20.5.1985 (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 184) erfolgreich. Die CIEC, der zwölf Mitgliedstaaten der EG angehören, behandelt vornehmlich personenstandsrechtliche Fragen. Sie hat vier Übereinkommen auf dem Gebiet des IPR, darunter das Luxemburger CIEC-Übereinkommen über die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen vom 8.9.1967 (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 182) verabschiedet. (Näher: *Bischoff*, in: Stoffel/Volken [Hrsg.], *Mélanges von Overbeck*, 117 [120]). UNIDROIT handelt auf dem Gebiet des Vertragsrechts und verabschiedete beispielsweise Grundregeln für internationale Handelsverträge (1994) und bereitete andere Abkommen vor, z.B. das Haager Übereinkommen zur Einführung eines einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (BGBl. 1973 II, 885, 919; 1974, 146, 148) und die Konvention über Stellvertretung beim internationalen Kauf beweglicher Sachen (Text im Unidroit Bulletin d'informations 1983, Nr. 57), die zwar von Italien und Frankreich unterzeichnet wurde, aber noch nicht in Kraft getreten ist.

¹¹²⁸ *Schack*, *RabelsZ* 1993, 224 (227; 256); *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 373 (395).

¹¹²⁹ *Schack*, *RabelsZ* 1993, 224 (227).

¹¹³⁰ Daneben wurden auf dem Gebiet des Familien- und Erbrechts beispielsweise verabschiedet: Haager Übereinkommen über das auf die Unterhaltspflicht gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24. 10. 1956 (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 40); Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5.10.1961 (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 60); Haager Übereinkommen über den Schutz und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29.5.1993 (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 223).

Konferenz erzielte große Fortschritte im Prozessrecht¹¹³¹ und wurde zunehmend auch außerhalb des Familien- und Prozessrechts tätig¹¹³². Hierbei wurde der konfliktärmere Weg der Schaffung von Einheitsrecht für Auslandssachverhalte ohne Eingriff in das nationale Prozessrecht gewählt¹¹³³. Momentan stellt sich die Ausarbeitung eines weltweiten Zuständigkeits- und Vollstreckungsübereinkommens als größtes Ziel der Haager Konferenz. Dies gestaltet sich wegen der großen Divergenzen zwischen den europäischen Staaten und den USA schwierig¹¹³⁴.

Der Auftrag von UNCITRAL ist die umfassende Angleichung des Handelsrechts. Hierbei wird weniger im Bereich des IPR als vielmehr auf dem Gebiet des Sachrechts für grenzüberschreitende Tätigkeiten gearbeitet¹¹³⁵. Ihr größter Erfolg ist zweifelsohne in der Verabschiedung des CISG¹¹³⁶ zu sehen. Daran schlossen sich das New Yorker Übereinkommen über die Verjährung und das UN-Übereinkommen über international gezogene Wechsel vom 9.12.1988 an. Zwei im Rahmen der UN erlassene Übereinkommen - die Genfer Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (28.7.1951)¹¹³⁷ und von Staatenlosen (28.9.1954) - sind IPR-ergänzend¹¹³⁸. Neben den multilateralen Staatsverträgen existieren eine Reihe von bilateralen Übereinkünften¹¹³⁹.

2. Gemeinschaftsrecht

Im weiten Gemeinschaftsrecht sind IPR-Regeln vornehmlich in den beiden großen Konventionen¹¹⁴⁰ und den neuen Verordnungen¹¹⁴¹ zu finden. Daneben existieren, wie schon ausgeführt wurde¹¹⁴², vereinzelte Regelungen auf dem

¹¹³¹ Auf dem Prozessrechtsgebiet sind insbesondere das Haager Zustellungsübereinkommen vom 15.11.1965 (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 211) und das Haager Übereinkommen über die Beweiserhebung vom 18.3.1970 (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 212) zu nennen.

¹¹³² Haager Übereinkommen betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen anzuwendende Recht vom 15.6.1955 (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 76); Haager Übereinkommen über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht vom 4.5.1971 (Jayme/Hausmann [Hrsg.], Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 100).

¹¹³³ Schack, *RabelsZ* 1993, 224 (258).

¹¹³⁴ Heß, *IPRax* 2001, 342 (343).

¹¹³⁵ Weitere Beispiele für Tätigwerden von UNCITRAL: UNCITRAL-Leitfaden für internationale Gegengeschäfte (1992), UNCITRAL-Mustergesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr mit Durchführungsleitfaden (1998).

¹¹³⁶ BGBl. 1989 II, 588. Dieses Übereinkommen wurde von allen europäischen Staaten mit Ausnahme des Vereinigten Königreiches, Portugals und Irlands unterzeichnet.

¹¹³⁷ BGBl. 1953 II, 559.

¹¹³⁸ BGBl. 1976 II, 473.

¹¹³⁹ Beispiele für Deutschland finden sich in: *von Bar*, IPR I, Rdnr. 202.

¹¹⁴⁰ Siehe Teil 1, A.I.

¹¹⁴¹ Siehe Teil 3, C.

¹¹⁴² Siehe Teil 3, A.I.2.a.aa.(2)(a)(bb)((1)).

Gebiet des Verbraucherrechts¹¹⁴³ - mit dem Ziel der Erhaltung des in der Richtlinie aufgestellten Schutzes - und im Bereich des Versicherungsrechts¹¹⁴⁴. Sie dienen vornehmlich der Abgrenzung des Anwendungsbereiches, da genau geregelt ist, für welche Konstellationen das anwendbare Recht bestimmt wird.

Kollisionsrechtliche und international-verfahrensrechtliche Regelungen befinden sich auch in Gemeinschaftsrechtsakten, die autonome Gemeinschaftsrechtsinstitute schaffen bzw. harmonisieren, wie beispielsweise die Verordnung zur Gemeinschaftsmarke¹¹⁴⁵, die in Art. 93 ff. Zuständigkeitsvorschriften und in Art. 97 Abs. 2, 98 Abs. 2 Gesamtverweisungen für die nicht in der Verordnung geregelten Fragen enthält. Art. 2 i.V.m. Art. 12 EWIVVO¹¹⁴⁶ bestimmt als das auf die Gründung anwendbare Recht das Sitzrecht. Teilweise wird für die nicht harmonisierten Restbereiche in den Richtlinien zumindest das anwendbare Recht und die gerichtliche Zuständigkeit bestimmt¹¹⁴⁷.

Diese Aufzählung zeigt, dass die kollisionsrechtlichen Regelungen in den Gemeinschaftsrechtsakten¹¹⁴⁸ punktuell und isoliert sind. Dies führte zu heftiger Kritik¹¹⁴⁹.

3. Nationales Recht

Da es sich bei internationalem Privatrecht um nationales Recht handelt, hat jeder Staat sein eigenes IPR. Dieses ist freilich nicht immer so autonom, wie es scheint. So wurden in Deutschland bei der IPR-Reform 1986 staatsvertragliche Regelungen (insbesondere das EVÜ) in das EGBGB inkorporiert. Das Haager Unterhaltsübereinkommen vom 2.10.1973 findet sich in Art. 18 EGBGB wieder,

¹¹⁴³ Art. 6 Abs. 2 Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl.EG 1993 Nr. L 95, 29), Art. 9 Timesharingrichtlinie (ABl.EG 1994 Nr. L 280, 83 ff.), Art. 12 Abs. 2 Fernabsatzrichtlinie (ABl.EG 1997 Nr. L 144, 19 ff.), Art. 7 Abs. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (ABl.EG 1995 Nr. L 171, 12 ff.), Art. 12 Abs. 2 Richtlinie über den Fernabsatz bei Finanzdienstleistungen (ABl.EG 2002 Nr. L 271, 16 ff.).

¹¹⁴⁴ Z.B.: Art. 7 der zweiten RL Schaden (ABl.EG 1988 Nr. L 172, 1 ff.), Art. 4 der zweiten RL Leben (ABl.EG 1992 Nr. L 330, 50 ff.).

¹¹⁴⁵ ABl.EG 1994 Nr. L 11, 1 ff.

¹¹⁴⁶ ABl.EG 1985 Nr. L 199, 1 ff.

¹¹⁴⁷ Art. 5 S. 1, 2 Kulturgüterschutzrichtlinie (ABl.EG 1974 Nr. L 74, 74 ff.); Art. 6 1. HS Arbeitnehmerentsenderichtlinie (ABl.EG 1996 Nr. L 18, 1).

¹¹⁴⁸ Neben den hier ausgeführten Bestimmungen finden sich kollisionsrechtliche und verfahrensrechtliche Regelungen auch in anderen Gemeinschaftsrechtsakten. Die Arbeitnehmerentsenderichtlinie (ABl.EG 1997 Nr. L 18, 1 ff.) bestimmt beispielsweise, dass unabhängig davon, welches Recht auf den Arbeitsvertrag Anwendung findet, die Mindeststandards des Arbeitsortes in konkreten Bereichen erfüllt werden müssen. In Art. 93 der VO 1408/71 (ABl.EG 1971 Nr. L 149, 2 ff.) wird die Anerkennung schadensersatzrechtlicher Legalzessionen, Regressrechte und arbeitsrechtlicher Haftungsbefreiungen geregelt. Art. 2 der Fernsehrichtlinie (ABl.EG 1989 Nr. L 298, 23 ff.) bestimmt das für Fernsehsendungen anwendbare Recht. Auch Art. 3 der e-commerce-Richtlinie (ABl.EG 2000 Nr. L 178, 1 ff.) wird teilweise als kollisionsrechtliche Norm ausgelegt, obwohl der 23. Erwägungsgrund und Art. 1 Abs. 4 eine solche Auslegung ausdrücklich ausschließen. Dazu ausführlich: *Mankowski*, ZVglRWiss 2001, 137 (137 ff.). Ablehnend: *Fezer/Koos*, IPRax 2000, 349 (352).

¹¹⁴⁹ Statt vieler: *Basedow*, NJW 1996, 1921 (1921); *Kohler*, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1999, 1 (4).

das Haager Übereinkommen über das Internationale Privatrecht testamentarischer Verfügungen vom 5.10.1961 ist in Art. 26 EGBGB eingefügt worden. In anderen Staaten, beispielsweise Großbritannien, ist die Umsetzung auch von self executing- Staatsverträgen generell für deren Anwendung notwendig¹¹⁵⁰. Dies ist insofern unproblematisch, als der Inhalt der Regelung sich nicht ändert, jedoch bestehen Unterschiede bezüglich der Auslegung. Wird der Staatsvertrag unmittelbar angewandt, bleibt dem nationalen Richter bewusst, dass eine einheitliche Auslegung gewünscht ist.

II. Beispiele für das Auftreten von Konflikten

Die Anwendung von Rechtsakten unterschiedlicher Rechtsquellen kann zu divergierenden Entscheidungen des Rechtsstreits führen. Als Beispiel dafür sei die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit in Sorgerechtsachen angeführt¹¹⁵¹: Im Verhältnis zu manchen Staaten kann sowohl die Anwendung des Minderjährigenschutzabkommens, als auch der Brüssel II-Verordnung (bzw. ab 1. Mai 2005 der Brüssel IIa-Verordnung) und der nationalen Verfahrensordnungen in Betracht kommen¹¹⁵². Soll beispielsweise über die Zuständigkeit für das Sorgerecht für ein ausländisches Kind mit ausländischem gewöhnlichen Aufenthalt im Zuge der Ehescheidung aufgrund einer entsprechenden Klage der Mutter mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland entschieden werden, kommt das deutsche Gericht je nachdem, nach welchem Rechtsakt es seine Zuständigkeit bestimmt, zu verschiedenen Ergebnissen. Nach §§ 640 a, 640 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ist es zuständig, nach dem Minderjährigenschutzabkommen liegt eine Zuständigkeit nach Art. 1 grundsätzlich bei den Behörden des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Aus Art. 3 Abs. 1 Brüssel II-Verordnung ergibt sich keine Zuständigkeit und nach Art. 3 Abs. 2 Brüssel II-Verordnung hängt die Zuständigkeit davon ab, dass der gewöhnliche Aufenthaltsstaat ein Mitgliedsstaat ist, ein Ehegatte vorher die elterliche Verantwortung hatte und die Zuständigkeit des Gerichts anerkannt wurde. Das Gericht muss wissen, wonach sich seine Zuständigkeit richtet, also wie die Rechtsakte der verschiedenen Rechtsquellen zueinander stehen.

Auch im internationalen Schuldrecht existieren mehrere multi- und bilaterale Verträge. Hier sind zunächst das Haager Übereinkommen vom 15.6.1955 über das

¹¹⁵⁰ Volken, Probleme einer nicht abgestimmten Ratifikationspolitik gegenüber Konventionen EG-fremder Herkunft, in: von Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 131 (136).

¹¹⁵¹ Für das internationale Unterhaltsvollstreckungsrecht finden sich Ausführungen zu den verschiedenen Rechtsquellen, den Divergenzen und dem Rangverhältnis bei: Kropholler/Blobel, Unübersichtliche Gemengelagen im IPR durch EG-Verordnungen und Staatsverträge, in: Coester/ Martiny/ Prinz von Sachsen Gessaphe (Hrsg.), Festschrift für Sonnenberger, 453 (453 ff.).

¹¹⁵² Jayme/Kohler, IPRax 2000, 454 (457).

auf internationale Kaufverträge über körperliche bewegliche Sachen anzuwendende Recht, das Haager Übereinkommen vom 22.12.1986 über das auf den internationalen Warenkauf anzuwendende Recht und das EVÜ zu nennen. Eine Verordnung, durch die das EVÜ vergemeinschaftet wird, ist im Erarbeitungsstadium¹¹⁵³. Zudem besteht noch das CISG, welches das Sachrecht vereinheitlicht und daneben das autonome mitgliedstaatliche Recht. Ähnlich ist die Lage im Zustellungsrecht. Hier existieren mehrere multi- und bilaterale Übereinkommen unterschiedlichen Alters, die Verordnung und autonomes Zustellungsrecht. Inhaltlich werden jeweils andere Zustellungsformen favorisiert¹¹⁵⁴.

Aber auch auf horizontaler europäischer Ebene können Konflikte zwischen den verschiedenen Gemeinschaftsrechtsakten sowie zwischen den durch die Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkünften und den Gemeinschaftsrechtsakten entstehen. So legen die Versicherungsrichtlinien beispielsweise die objektive Anknüpfung vor der Rechtswahl fest, im EVÜ ist dagegen geregelt, dass die Rechtswahl Vorrang vor der objektiven Anknüpfung hat.¹¹⁵⁵ Ähnliche Konflikte existieren zwischen den Verbraucherschutzrichtlinien und dem EVÜ.

Die Probleme der Bestimmung des anwendbaren Rechts setzen sich auf Ebene des Rechtsschutzes fort. So gab es zwischenzeitlich drei verschiedene Vorlageverfahren zum EuGH, deren verschiedene Bedingungen bei Normen des internationalen Privatrechts zu beachten waren. Dies war zum einen für die auf Art. 95 EG gestützten Richtlinien das Vorlageverfahren nach Art. 234 EG, des Weiteren das modifizierte Vorlageverfahren nach Art. 65 und 68 EG und schließlich für Fragen zum EuGVÜ im Verhältnis zu Dänemark das Auslegungsprotokoll zum EuGVÜ¹¹⁵⁶. Nunmehr gibt es noch das Verfahren nach Art. 234 EG und das Auslegungsprotokoll zum EuGVÜ.

III. Lösung der vertikalen Konflikte

Konflikte zwischen Rechtsakten verschiedener Rechtsquellen wären dadurch verringerbar, dass die schon bestehenden Rechtsakte und Vorbereitungsarbeiten für neue Rechtsakte in die Ausarbeitungen auf den anderen Ebenen miteinbezogen werden¹¹⁵⁷. Die europäische und die globale

¹¹⁵³ Siehe Teil 3, C.IV.3.

¹¹⁵⁴ *Lindacher*, ZZP 2001, 178 (180). Eine Auflistung der verschiedenen Übereinkommen findet sich bei: *Linke*, Die Probleme der internationalen Zustellung, in: Gottwald (Hrsg.), Grundfragen der Gerichtsverfassung, 95 (95 ff.).

¹¹⁵⁵ *Reich*, EG-Richtlinien und Internationales Privatrecht, in: Lagarde/von Hoffmann (Hrsg.), Die Europäisierung des internationalen Privatrechts, 109 (119).

¹¹⁵⁶ Das Auslegungsprotokoll zum EVÜ ist noch nicht in Kraft getreten.

¹¹⁵⁷ *Remien*, CMLR 2001, 53 (73).

Rechtsvereinheitlichung sollten soweit wie möglich verknüpft werden. Die durch die höhere Integrationsstufe vorhandene europäische Blockbildung darf eine territorial weitergehende Rechtseinheit nicht verhindern¹¹⁵⁸. Aufgrund der Bedeutung der Arbeiten der Haager Konferenz für die weltweite Vereinheitlichung und die Überwindung von Kulturkonflikten¹¹⁵⁹ statuiert deshalb Nr. 44 c des Aktionsplanes der Kommission und des Rates, dass die im Rahmen der Haager Konferenz für internationales Privatrecht bereits unternommenen Arbeiten berücksichtigt werden sollten. Hierin liegt lediglich eine praktische Erleichterung und ein Schritt zur Erhöhung der Akzeptanz, aber keine Lösung des Rangverhältnisses.

1. Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht

Teilweise ist das Verhältnis der neuen Rechtsakte zu den internationalen Konventionen in diesen ausdrücklich geregelt. Ist dies nicht der Fall, muss eine Lösung im primären Gemeinschaftsrecht oder im Völkerrecht gesucht werden.

a. Ausdrückliche Regelung in Gemeinschaftsrechtsakten

aa. Brüssel II-VO

Art. 36 Abs. 1 Brüssel II-VO bestimmt, dass die zwischen den Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkünfte durch die Verordnung ersetzt werden. Eine Ausnahme besteht nach Abs. 2 für Finnland und Schweden, die durch eine entsprechende Erklärung - in den Grenzen der Verordnung - auch das Übereinkommen vom 6.2.1931 weiter anwenden können. Dies ist auf den höheren Integrationsstand der nordischen Staaten zurückzuführen, der durch die Anwendung der Verordnung nicht wieder zerstört werden soll. Außerhalb des Anwendungsbereiches der Verordnung sind die Staatsverträge weiterhin anwendbar (Art. 38 Brüssel II-VO). Für fünf ausdrücklich genannte Übereinkommen legt Art. 37 Brüssel II-VO den Vorrang der Verordnung fest:

(1) Minderjährigenschutzabkommen vom 5.10.1961

Überschneidungen mit dem Minderjährigenschutzabkommen¹¹⁶⁰ sind im Rahmen des internationalen Verfahrensrechts, wie schon beispielhaft belegt wurde¹¹⁶¹, nur

¹¹⁵⁸ Europäische Gruppe für Internationales Privatrecht, NILR 1995, 466 (466); *Pirrung*, Europäische justitielle Zusammenarbeit, Haager Konferenz und Unidroit, in: Basedow u.a. (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa*, 785 (795); *Schneider*, Zur europäischen und internationalen Angleichung im Privatrecht, 19. Zu den Schwierigkeiten insbesondere wegen divergierender Zielrichtungen: *Jayme*, IPRax 2000, 165 (168).

¹¹⁵⁹ *Jayme*, IPRax 2000, 165 (168).

¹¹⁶⁰ *Jayme/Hausmann* (Hrsg.), *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, Nr. 54.

¹¹⁶¹ Siehe Teil 3 D.II.

im Rahmen der Zuständigkeit denkbar, denn das Übereinkommen äußert sich nicht zur Vollstreckbarerklärung und zur Anerkennung von Maßnahmen, die eine Vollstreckung verlangen. Problematisch ist aber, ob das Minderjährigenschutzabkommen lediglich hinsichtlich der Zuständigkeit oder auch bezüglich des nicht in der Verordnung geregelten anwendbaren Rechts verdrängt wird. Die Verordnung kann das Übereinkommen grundsätzlich nur in ihrem Anwendungsbereich verdrängen. Dies hat jedoch zur Folge, dass der im Minderjährigenschutzabkommen statuierte Grundsatz des Gleichlaufes von Zuständigkeit und anwendbarem Recht gestört würde¹¹⁶², wenn sich die Zuständigkeit aus der Verordnung und das anwendbare Recht aus dem Abkommen ergebe. Dadurch wäre der Regelungszusammenhang des Übereinkommens gebrochen, welches auf eine schnelle Entscheidung ausgerichtet ist. Die Lösung dieser misslichen Lage ist möglicherweise die Anwendung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes, da dies auch am ehesten den Grundsätzen des Übereinkommens entspricht¹¹⁶³.

(2) Luxemburger Übereinkommen vom 8.9.1967 über die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen

In diesem Übereinkommen¹¹⁶⁴ ist die Anerkennung von Entscheidungen über die Auflösung, Trennung, das Bestehen oder Nichtbestehen, die Gültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe geregelt. Es bestehen mehrere Ausnahmen zu diesem Anerkennungsgrundsatz (Art. 1 Nr. 1-3). Nach Art. 3 kann unter bestimmten Voraussetzungen die Anerkennung auch verweigert werden, wenn in der ausländischen Entscheidung ein anderes Recht als das angewandt wurde, welches nach dem internationalen Privatrecht des Anerkennungsstaates anzuwenden gewesen wäre. Diese rechtspolitisch zurückgebliebene Regelung unterscheidet sich von der des Art. 18 Brüssel II-VO. Das Luxemburger Übereinkommen gilt nur für Österreich, die Türkei und die Niederlande. Der Vorrang der Verordnung ergibt sich auch aus dem Übereinkommen selbst (Art. 13).

(3) Haager Übereinkommen vom 1.6.1970 über die Anerkennung von Eheentscheidungen sowie die Trennung von Bett und Tisch

Dieses Haager Übereinkommen¹¹⁶⁵ gilt in acht Mitglied- und mehreren Drittstaaten. Es regelt jedoch weder die Zuständigkeit noch enthält es

¹¹⁶² Putzkajler, IPRax 2001, 81 (82). Jayme/Kohler, IPRax 2000, 454 (458), sprechen von der „IPR-Blindheit“ der Verordnung.

¹¹⁶³ Dies ist umstritten, wie hier: Boele-Woelki, ZfRV 2001, 121 (124); Jayme/Kohler, IPRax 2000, 454 (458).

¹¹⁶⁴ Jayme/Hausmann (Hrsg.), Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 182.

¹¹⁶⁵ Jayme/Hausmann (Hrsg.), Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 183.

Vorschriften über die Rechtshängigkeit. Es wird vielmehr nur der Grundsatz der Anerkennung von Entscheidungen statuiert, zu dem es aber mehrere Ausnahmen gibt (Art. 7-10), die teilweise auf anderen Gründen beruhen, als die der Verordnung.

(4) Europäisches Sorgerechtsübereinkommen vom 20.5.1980

Das Europäische Sorgerechtsübereinkommen¹¹⁶⁶ wurde von allen Mitgliedstaaten und auch anderen europäischen Staaten ratifiziert. Es handelt sich auch hier um eine reine Anerkennungsübereinkunft (Art. 7). Im Gegensatz zur Brüssel II-VO wird aber eine zentrale Stelle zur Erfüllung der im Vertrag geregelten Aufgaben benannt. Nach Art. 17 können Vorbehalte eingelegt werden, welche zu einer Verzögerung bzw. Nichtanerkennung nach Art. 10 (*ordre public*) führen können. Durch die Annex-Zuständigkeit für Entscheidungen zur elterlichen Sorge aus Anlass einer Scheidung verdrängt die Verordnung dieses Übereinkommen.

(5) Kinderschutzabkommen vom 19.10.1996

Der Regelungsgehalt überschneidet sich weiterhin mit dem des nunmehr von den EG-Mitgliedstaaten unterzeichneten Kinderschutzabkommens vom 19.10.1996¹¹⁶⁷, das auch die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht und die Anerkennung und Vollstreckung regelt. Der Anwendungsbereich ist somit weiter. Während die Verordnung nur zivilrechtliche Probleme löst, geht das Abkommen auch auf die verwaltungsrechtliche Seite ein¹¹⁶⁸. Die Brüssel II-Verordnung ist nur in ihrem Regelungsbereich, also nur im Zusammenhang mit Eheentscheidungen und bei gewöhnlichem Aufenthalt des Kindes in einem Mitgliedstaat und nur bezüglich der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen aus den Mitgliedstaaten vorrangig anwendbar¹¹⁶⁹. Das Kinderschutzübereinkommen respektiert in Art. 52 Abs. 1,3 diesen Vorrang, der aber nur im Verhältnis zwischen den EG-Mitgliedstaaten gilt. Es findet damit im Verhältnis zu Drittstaaten und auch bezüglich des anzuwendenden Rechts und der verwaltungsrechtlichen Fragen Anwendung.

¹¹⁶⁶ Jayme/Hausmann (Hrsg.), Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 184.

¹¹⁶⁷ Dieses Übereinkommen gilt derzeit in Australien, Ecuador, Estland, Lettland, Marokko, Monaco, der Slowakei und der Tschechischen Republik. Die EG-Mitgliedstaaten haben das Übereinkommen am 1. April 2003 unterzeichnet. Die Kommission hat vorgeschlagen (KOM [2003], 348 endg.), dass die Mitgliedstaaten die Ratifikationsurkunden gemeinsam vor dem 1. Mai 2005 hinterlegen. Deutscher Text: *RabelsZ* 1998, 502 (502 ff.).

¹¹⁶⁸ *Busch*, *IPRax* 2003, 218 (222).

¹¹⁶⁹ *Wagner*, *IPRax* 2001, 73 (75).

(6) Haager Kindesentführungsübereinkommen

Nach Art. 4 Brüssel II-VO müssen die Gerichte ihre Zuständigkeit im Einklang mit dem Kindesentführungsübereinkommen¹¹⁷⁰ ausüben. Dieses Übereinkommen tritt damit im Gegensatz zu den anderen Abkommen nicht grundsätzlich zurück. Es besteht kein Vorrang der Verordnung, sondern eine weitgehende Parallelität der Regelungen¹¹⁷¹. Die Zuständigkeit, die sich weiter nach der Brüssel II-VO richtet, darf aber nicht gegen die Zielstellung des Haager Kindesentführungsübereinkommens verstoßen. Das Übereinkommen wurde geschlossen, um dem nach dem Minderjährigenschutzabkommen möglichen „legal kidnapping“ Einhalt zu gebieten, indem den Gerichten des Zufluchtstaates in diesen Fällen für Sorgerechtsachen die Zuständigkeit entzogen wurde. Nach Art. 3 Brüssel II-VO zuständige Gerichte dürfen also nach Art. 16 KEntfÜ bei entsprechender Mitteilung eine Sachentscheidung über das Sorgerecht erst treffen, wenn entschieden ist, dass das Kind aufgrund des Übereinkommens nicht zurückzugeben ist.

bb. Brüssel IIA-Verordnung

Die Regelungen der Art. 59 Abs. 1, 60 Brüssel IIA-VO entsprechen weitgehend Art. 36 Abs. 1, 37 Brüssel II-VO. Die Brüssel IIA-Verordnung regelt jedoch das Verhältnis zum Kindesentführungsabkommen umfassend neu. Nach Art. 60 Brüssel IIA-VO ist diese nunmehr grundsätzlich vorrangig. Sie enthält in Art. 10 eigene Zuständigkeitsregelungen, die aber weitgehend mit denen des KEntfÜ abgestimmt sind¹¹⁷². Es fehlt zwar weiterhin eine eigene Rechtsgrundlage für Rückführungsentscheidungen, so dass auf das HKEntfÜ zurückgegriffen werden muss. Die konkrete Anwendung dieser Vorschrift wird teilweise durch die Brüssel IIA-VO modifiziert¹¹⁷³. So wird zunächst die Notwendigkeit der Anhörung des Kindes festgeschrieben und auch Art. 13 KEntfÜ wird durch die EG-Mitgliedstaaten in ihrem Verhältnis zueinander abgeändert. Die Rückführung kann danach nicht wegen einer schwerwiegenden Gefahr eines seelischen oder körperlichen Schadens für das Kind oder wegen einer sonst unzumutbaren Lage verweigert werden, wenn im Heimatstaat angemessene Maßnahmen ergriffen werden, um den Schutz des Kindes nach der Rückkehr zu gewähren (Art. 11 Abs. 4 Brüssel IIA-VO). Bei ablehnenden Entscheidungen wird auch eine gewisse

¹¹⁷⁰ Jayme/Hausmann (Hrsg.), Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 222.

¹¹⁷¹ Martiny, ERA-Forum 2003, 97 (104).

¹¹⁷² Martiny, ERA-Forum 2003, 97 (106).

¹¹⁷³ Das HKEntfÜ lässt diese Modifizierung ausdrücklich in Art. 36 zu, vgl.: Schulz, FamRZ 2003, 1352 (1352).

Pflicht der Mitgliedstaaten zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit statuiert¹¹⁷⁴.

Auch das Verhältnis zum KSÜ wurde präzisiert, indem genau die Fälle aufgezählt werden, in denen die Verordnung vorrangig anwendbar ist: wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates und bezüglich der Anerkennung und Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen.

cc. Insolvenzverordnung

Art. 44 InsVO statuiert, dass die Verordnung die bestehenden Übereinkünfte zwischen den Mitgliedstaaten ersetzt, jedoch nicht gilt, insofern bereits existierende Verträge mit Drittstaaten betroffen sind.

dd. Verordnung zur Revision des Brüsseler Übereinkommens (EuGVVO)

Gemäß Art. 69, 70 EuGVVO werden die zwischen den Mitgliedstaaten geschlossenen Verträge im Anwendungsbereich der Verordnung von dieser ersetzt. Aufgezählt werden zumeist bilaterale Übereinkommen. Ausgenommen sind nach Art. 71 EuGVVO Übereinkommen, in denen die gerichtliche Zuständigkeit, Anerkennung oder Vollstreckung für besondere Rechtsgebiete geregelt wird, wie z.B. das Gemeinschaftspatentübereinkommen¹¹⁷⁵.

ee. EVÜ

Gemäß Art. 21 EVÜ tritt dieses hinter andere Übereinkommen zurück, an denen ein Vertragsstaat beteiligt ist. Insofern ist in einigen Mitgliedstaaten das „Haager Übereinkommen über das auf internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen anzuwendende Recht“ vorrangig anzuwenden. Dies führt zu einer Teilzersplitterung¹¹⁷⁶. Problematisch ist, ob diese Regelung bei Vergemeinschaftung beibehalten werden kann. Neben dem Mangel der Zerstörung der intendierten Einheitlichkeit der Anknüpfung, sprechen dagegen auch die Praxis und die Regelungen des EG-Vertrages, die sogleich ausgeführt werden.

ff. Ergebnis

In den Verordnungen wurden die Konflikte zum größten Teil selbst gelöst, indem das Verhältnis zu bestimmten Abkommen ausdrücklich statuiert wurde. Die

¹¹⁷⁴ *Schulz*, NJW 2004, Beilage Heft 18, 2 (3).

¹¹⁷⁵ *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Art. 57, Rdnr. 28 ff.

¹¹⁷⁶ *Sonnenberger*, JZ 1998, 982 (983).

Übereinkommen werden dabei im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten ersetzt, während sie im Verhältnis zu Drittstaaten zumeist bestehen bleiben. Bei einer möglichen Unvollständigkeit bzw. bei zukünftigen Regelungen fragt sich aber dennoch, inwiefern das Primärrecht dieses Verhältnis auch allgemein regelt.

b. Lösung im Falle nicht ausdrücklicher Regelung

Für völkerrechtliche Verträge, welche die Mitgliedstaaten vor Gründung der Gemeinschaft mit Drittstaaten abgeschlossen haben, gilt Art. 307 EG. Danach bleiben die Verträge grundsätzlich bestehen. Eine weitere ausdrückliche Regelung für die Situation des Abschlusses von Verträgen vor der Vergemeinschaftung eines Politikbereiches und auch für den Fall, dass die Verträge allein durch die Mitgliedstaaten untereinander geschlossen wurden, besteht nicht. Deshalb stellt sich die Frage, inwiefern die Norm auf diese Situationen analog anzuwenden ist. Dies wird bezüglich des ersten Punktes teilweise bejaht¹¹⁷⁷, andere differenzieren danach, ob der Erlass, also die Vergemeinschaftung, schon in den Gründungsverträgen vorgeschrieben war¹¹⁷⁸. Der Grund für diese Unterscheidung wird darin gesehen, dass in einem solchen Fall kein wirkliches Interesse des Drittstaates an der Fortführung des Vertrages besteht, da kein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde. Beide Meinungen kommen in dem vorliegenden Fall zu dem gleichen Ergebnis - die Norm ist anzuwenden. Eine analoge Anwendung auf allein zwischen den Mitgliedstaaten geschlossene Verträge ist dagegen abzulehnen. So denn ein Gemeinschaftsrechtsakt besteht, sind im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander die Rechte und Pflichten abgelöst¹¹⁷⁹.

Bei Bestehen eines Vertrages mit Drittstaaten ergibt sich aus Art. 307 Abs. 2 EG für die Mitgliedstaaten die Verpflichtung, diesen anzupassen. Dies bedeutet für die Staaten, dass sie sich möglichst vom völkerrechtlichen Vertrag lösen¹¹⁸⁰. Ist eine solche Anpassung nicht erreichbar, bleiben die Verträge, die mit den Drittstaaten geschlossen wurden, unberührt (Art. 307 Abs. 1 EG). Damit wird dem völkerrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda* Rechnung getragen¹¹⁸¹. Dies hat zur Folge, dass in dem konkreten Fall das Gemeinschaftsrecht nicht durchgesetzt werden kann, wenn die neu erlassenen Gemeinschaftsrechtsakte im Widerspruch zu den gegenüber Drittstaaten bestehenden völkerrechtlichen

¹¹⁷⁷ *Petersmann/Spennemann*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, Bd. 4, Art. 307, Rdnr. 6.

¹¹⁷⁸ *Krüick*, Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 136.

¹¹⁷⁹ EuGH, Rs. 10/61, Urt. v. 27.2.1962 - Kommission/Italien - Slg. 1962, 3 (22 ff.).

¹¹⁸⁰ *Schuster/Stoll*, RIW 1996, 89 (93); *Krüick*, Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 132.

¹¹⁸¹ *Voss*, SZIER 1996, 161 (169).

Pflichten stehen. Da es nicht im Interesse der Gemeinschaft liegen kann, solch unterschiedliche Rechtssituationen in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu schaffen, entsteht faktisch eine negative Bindung der Gemeinschaft im Sinne einer Sperrwirkung¹¹⁸². Die Gemeinschaft tritt also zwar grundsätzlich nicht in die Verträge ein. Aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue ergibt sich aber, dass die Mitgliedstaaten durch die Gemeinschaft so zu stellen sind, dass sie ihre Verträge erfüllen können. Dies kann aber nur für mitgliedstaatliche staatsvertragliche Pflichten, nicht jedoch für die Rechte gelten. Verstoßen die Rechte gegen Gemeinschaftsrecht, besteht für den Mitgliedstaat wegen des Gemeinschaftstreuegrundsatzes die Pflicht, diese nicht geltend zu machen¹¹⁸³. Die Mitgliedstaaten müssen also ihre Pflichten gegenüber den Drittstaaten erfüllen, dürfen aber unter Umständen ihre Rechte nicht ausüben.

Die Gemeinschaft kann jedoch in Ausnahmefällen selbst an die völkerrechtlichen Verträge gebunden sein. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sie in Form eines gemischten Abkommens beiträgt oder einen, den alten Vertrag ablösenden neuen Vertrag, abschließt und damit anstelle der Mitgliedstaaten Vertragspartei wird. Denkbar ist auch der Übergang der Pflichten im Wege der Rechtsnachfolge, die jedoch von der Staatenpraxis anerkannt werden müsste¹¹⁸⁴. Der EuGH hat der Funktionsnachfolge in der GATT-Rechtsprechung Vorrang gegeben¹¹⁸⁵. Die völkerrechtsfreundlichste Lösung ist wohl die Neuverhandlung¹¹⁸⁶.

Neuen Staatsverträgen, die (sowohl in materieller als auch in kompetentieller Hinsicht¹¹⁸⁷) gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen, dürfen die Mitgliedstaaten gemäß dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue nicht zustimmen. Sie sind vom Gebot der Gemeinschaftsrechtskonformität erfasst¹¹⁸⁸. Das Völkerrecht trägt dieser gemeinschaftsrechtlichen Problematik beispielsweise Rechnung, indem in den neuen Haager Übereinkommen Abkopplungsklauseln vorgesehen sind, die es den Vertragsstaaten gestatten, untereinander Übereinkommen über das gleiche Sachgebiet zu schließen, zugleich aber die Gebundenheit gegenüber anderen

¹¹⁸² *Krück*, Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 137.

¹¹⁸³ *Voss*, SZIER 1996, 161 (165); *Brödermann*, MDR 1992, 89 (91).

¹¹⁸⁴ *Voss*, SZIER 1996, 161 (168). Die zuerst genannte Möglichkeit wurde im Rahmen der FAO praktiziert. Beispiele für die anderen Möglichkeiten liegen noch nicht vor.

¹¹⁸⁵ Hiernach tritt die Gemeinschaft in die Mitgliedstellung der EG-Staaten in multilateralen Verträgen und internationalen Organisationen ein und substituiert die Mitgliedstaaten im Rahmen dieser Verträge, EuGH, verb. Rs. 21-24/72, Urt. v. 12.12.1972 - International Fruit Company - Slg. 1972, 1219 (1228 f.). Dazu: *Voss*, SZIER 1996, 161 (176).

¹¹⁸⁶ *Voss*, SZIER 1996, 161 (189).

¹¹⁸⁷ *Schuster/Stoll*, RIW 1996, 89 (93).

¹¹⁸⁸ *Brödermann*, MDR 1992, 89 (91).

Vertragsstaaten bekräftigen¹¹⁸⁹. Damit kann aber keine ausschließliche Außenkompetenz der Gemeinschaft ausgeschlossen werden.

Das Ergebnis der Anwendung der ausdrücklichen Vorschriften der Verordnungen zum Verhältnis zu völkerrechtlichen Verträgen entspricht zum größten Teil der primärrechtlich bestimmten Lage. Diese Normen haben damit lediglich deklaratorischen Charakter. Abweichende spezielle Regelungen (Art. 4 Brüssel II-VO; Art. 71 EuGVVO) haben Vorrang. Art. 21 EVÜ ist bei einer Vergemeinschaftung dieses Übereinkommens als allgemeine Regelung nicht zu übernehmen.

2. Gemeinschaftsrecht und nationales Recht

Das Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht bereitet keine Probleme. Die Gemeinschaftsrechtsregelung hat, sofern sie unmittelbar anwendbar ist, Anwendungsvorrang. Dies ergibt sich aus dem effet utile-Grundsatz des Gemeinschaftsrechts¹¹⁹⁰ und wird auch in Art. 3 Abs. 2 EGBGB statuiert, der insofern deklaratorischen Charakter hat. Deshalb verdrängt beispielsweise die Brüssel II-VO im Verhältnis zu den EG-Staaten im deutschen Recht die Anwendung von § 606 und § 328 ZPO sowie Art. 7 § 1 FamRÄndG.

3. Völkerrecht und nationales Recht

Das Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht richtet sich nach letzterem, denn die Bestimmung des innerstaatlichen Ranges von zu vollziehendem Völkerrecht ist nach allgemeiner Ansicht Sache jedes einzelnen Staates¹¹⁹¹. Im deutschen Recht, das der Transformationstheorie folgt, richtet sich der Rang nach dem des Transformationsgesetzes (Art. 59 GG). Da dies üblicherweise ein einfaches Bundesgesetz sein wird, hat auch der völkerrechtliche Vertrag den Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Innerhalb des deutschen Rechts gilt dann die lex posterior-Regel¹¹⁹². Eine Sonderregelung für das Verhältnis von IPR-Normen findet sich aber in Art. 3 Abs. 2 EGBGB, der ausdrücklich bestimmt, dass Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen den Bestimmungen des EGBGB vorgehen.

¹¹⁸⁹ Beispiel: Art. 52 Kinderschutzabkommen.

¹¹⁹⁰ EuGH, Rs. 6/64, Urt. v. 15.7.1964 - Costa/E.N.E.L. - Slg. 1964, 1251 (1269 f.).

¹¹⁹¹ Schweitzer, Staatsrecht III, Rdnr. 449.

¹¹⁹² Brockmeyer, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 59, Rdnr.13.

4. Ergebnis

Die Konflikte, die sich aus dem Quellenpluralismus ergeben, werden durch ausdrückliche Regelungen in den Gemeinschaftsrechtsakten oder durch allgemeine Konfliktlösungsregeln behoben.

IV. Lösung von gemeinschaftsrechtlichen horizontalen Konflikten

Neben den Konflikten zwischen Rechtsakten verschiedener Quellen existieren auch solche auf gemeinschaftlicher Ebene.

1. Konflikte zwischen Gemeinschaftsrechtsakten und nur zwischen Mitgliedstaaten geschlossenen Verträgen

Wenn diese neue Kompetenz des Art. 65 EG genutzt wird, ist zu klären, was mit den bereits vor dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages im Rahmen des Gemeinschafts-, Unions- und Völkerrechts nur zwischen den Mitgliedstaaten geltenden Regelungen¹¹⁹³ geschieht.

Art. 307 EG kann nicht angewendet werden, da er nur für das Verhältnis zu Drittstaaten gilt¹¹⁹⁴. Es ist weiterhin festzustellen, dass allein durch die Vergemeinschaftung der Kompetenz mangels einschlägiger Normen bereits bestehende Rechtsakte nicht automatisch vergemeinschaftet werden. Die im Rahmen der dritten Säule angenommenen Rechtsakte bestehen auch nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages bis zur konkreten Vergemeinschaftung fort¹¹⁹⁵. Die Vertragsstaaten gehen zwar grundsätzlich davon aus, dass bei einer Streichung des Primärrechts auch das Sekundärrecht seine Wirkung verliert, es sei denn, die Fortgeltung würde ausdrücklich angeordnet¹¹⁹⁶. Jedoch ist hier die besondere Situation zu berücksichtigen, dass nicht Unionsprimärrecht ersatzlos gestrichen worden ist, sondern nur ein „Säulenwechsel“ (Kompetenzträgerwechsel) vollzogen wurde. Der Regelungsgehalt besteht nunmehr im Rahmen der Art. 61 ff. EG zunächst in der Form weiter, in der der Rechtsakt ursprünglich erlassen wurde. Die alten Akte verlieren also grundsätzlich erst ihre Bedeutung, wenn sie konkret ersetzt werden, also neue Vorschriften erlassen werden.

¹¹⁹³ Siehe Teil 1, A.I.; Teil 1, A.III.2.

¹¹⁹⁴ Siehe Teil 3, D.III.1.b.

¹¹⁹⁵ *Hailbronner*, Die Neuregelung der Bereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung, in: Hummer (Hrsg.), Die europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 179 (184); *Wiedmann*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 61, Rdnr. 24.

¹¹⁹⁶ *Röben*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Amsterdamer Fassung), vor Art. 61, Rdnr. 14; *Wiedmann*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 61, Rdnr. 24.

Problematisch ist die grundsätzliche Nichtbeteiligung von Dänemark, dem Vereinigten Königreich und Irland. Im Verhältnis zu diesen Staaten bleiben die Übereinkommen auch bei Erlass eines Gemeinschaftsrechtsaktes als zwischenstaatliches Recht bestehen¹¹⁹⁷. Für das Vereinigte Königreich und Irland besteht aber nach dem Protokoll zu Titel IV eine opting in-Möglichkeit sowohl während des Verfahrens als auch nach dessen Abschluss. Da die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, wie erörtert, nicht so sensibel ist wie andere Gebiete des Titels IV, war von Anfang an davon auszugehen, dass beide Staaten von der Möglichkeit Gebrauch machen. Dies ist bei den schon in Kraft getretenen Rechtsakten auch der Fall¹¹⁹⁸. Deshalb sollte bei der Ausarbeitung der Gemeinschaftsrechtsakte darauf geachtet werden, dass die Besonderheiten dieser beiden Rechtsordnungen hinreichend in die Überlegungen einbezogen werden.

Anders ist die dänische Lage. Dänemark kann sich nach dem Protokoll nur ganz oder zum Teil am neuen Titel beteiligen, so dass eine Übernahme der Regelungen hier in nächster Zeit wohl nicht stattfinden wird. Eine opting in-Möglichkeit an einzelnen Rechtsakten besteht nicht. Daraus ergibt sich, dass im Verhältnis zu Dänemark (und auch zum Vereinigten Königreich und Irland, insofern sie sich nicht beteiligen) die alten intergouvernementalen Regelungen weiterhin Anwendung finden. Es kommt also tatsächlich zu einer nicht befriedigenden Rechtsspaltung innerhalb der EG. Die Gemeinschaft hat aber die Möglichkeit, nach dem Inkrafttreten der Verordnungen ein Abkommen mit Dänemark über die Anwendung der Normen zu schließen, da ihr in diesem Bereich nunmehr auch die Außenkompetenzen zustehen¹¹⁹⁹. Dänemark ist als Nichtteilnehmer wie ein Drittstaat zu behandeln¹²⁰⁰. Die Kompetenz ergibt sich nach Anwendung der Konkurrenzregeln nunmehr eindeutig aus Art. 65 EG, da dieser gegenüber Art. 293 EG vorrangig ist¹²⁰¹. Das allgemeine Kompetenzverhältnis gilt nicht nur im Verhältnis zu Drittstaaten, sondern auch zu nicht an der Politik teilnehmenden Mitgliedstaaten. Damit bleibt im Verhältnis zu Dänemark weiterhin das EuGVÜ

¹¹⁹⁷ *Hailbronner*, Die Neuregelung der Bereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung, 179 (184); *Röben*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Amsterdamer Fassung), vor Art. 61, Rdnr. 15.

¹¹⁹⁸ Siehe Teil 3, C.I.3.; Teil 3, C.II.3.; Teil 3, C.III.3.

¹¹⁹⁹ Siehe Teil 3, A.I.2.a.aa.(a)(bb).

¹²⁰⁰ Es ist nicht die Aufgabe der Mitgliedstaaten, auf Grundlage des Art. 293 1. und 4. Spiegelstrich EG Staatsverträge mit Dänemark zu schließen. So aber: *Heß*, NJW 2000, 23 (28). *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 154, führt an, dass die Mitgliedstaaten nicht ihre *pouvoir constitutionnel* eingebüßt hätten, was auch nicht zu bezweifeln, an dieser Stelle aber nicht erheblich ist. Auch die Variante, dass die Mitgliedstaaten mit Dänemark ein Parallelübereinkommen nach Art. 293 EG abschließen müssten, die anderen Mitgliedstaaten untereinander jedoch als Vertragsparteien ausscheiden würden, widerspricht dem allgemeinen Kompetenzverhältnis (so aber: *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533 [536]; *Besse*, ZEuP 1999, 107 [121]).

¹²⁰¹ Siehe Teil 3, B.II.12.b.

bestehen. Um es zu aktualisieren und der Verordnung anzupassen, muss die Gemeinschaft ein neues Abkommen mit Dänemark abschließen¹²⁰².

2. Konflikte zwischen Gemeinschaftsrechtsakten

Letztlich können auch zwischen den Gemeinschaftsrechtsakten Konflikte auftreten. Art. 67 EuGVVO klärt dieses Problem beispielsweise ausdrücklich. Die in speziellen Gemeinschaftsrechtsakten enthaltenen Vorschriften werden hiernach von der Verordnung nicht berührt¹²⁰³.

Auch in den schon im Unions- oder Gemeinschaftsrahmen geschlossenen Verträgen findet sich eine solche Klausel. So räumt Art. 20 EVÜ dem Gemeinschaftsrecht den Vorrang ein. In diesem Zusammenhang hat die Bestimmung jedoch rein deklaratorische Bedeutung¹²⁰⁴, da Gemeinschaftsrecht generell Anwendungsvorrang genießt. Auch wenn diese Norm unvollständig im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 S. 2 EGBGB in deutsches Recht umgesetzt wurde, besteht Einigkeit, dass auch die deutschen Richtlinienumsetzungen gegenüber dem EVÜ vorrangig sind¹²⁰⁵. Die Uneinheitlichkeit und Widersprüchlichkeit der Regelungen soll durch eine Erklärung, welche die Mitgliedstaaten zum EVÜ abgegeben haben, so gering wie möglich gehalten werden. In dieser Erklärung heißt es: „... in dem Bestreben der Aufteilung der Kollisionsnormen auf zahlreiche Rechtsinstrumente und Unterschiede zwischen den Normen irgend zu vermeiden, wünschen [die Mitgliedstaaten], dass sich die Organe der Gemeinschaften in Ausübung der ihnen aufgrund der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften gegebenen Zuständigkeit bemühen, gegebenenfalls Kollisionsnormen anzunehmen, die soweit wie möglich mit denen des Übereinkommens im Einklang stehen.“¹²⁰⁶ Auch nach der Vergemeinschaftung des EVÜ gilt: Eine ausdrückliche Regelung (wie Art. 20 EVÜ) hat immer Vorrang.

¹²⁰² Ein solches Abkommen ist für die Übernahme der EuGVVO bereits geplant, *Jayme/Kohler*, IPRax 2002, 461 (464); *Geimer*, IPRax 2002, 69 (70). Es bestehen noch Schwierigkeiten, wie die zur Verordnung ergehende Rechtsprechung für Dänemark verbindlich gemacht werden soll, vgl.: *Jayme/Kohler*, IPRax 2003, 485 (488).

¹²⁰³ Zum Verhältnis zu der möglichen Verordnung zur Einführung eines Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen: *Kropholler/Blobel*, Unübersichtliche Gemengelagen im IPR durch EG-Verordnungen und Staatsverträge, in: Coester/ Martiny/ Prinz von Sachsen Gessaphe (Hrsg.), Festschrift für Sonnenberger, 453 (472).

¹²⁰⁴ Siehe Teil 3, D.IV.1.; *Reich*, EG-Richtlinien und Internationales Privatrechts, in: Lagarde/von Hoffmann (Hrsg.), Die Europäisierung des internationalen Privatrechts 109 (114).

¹²⁰⁵ *Jayme*, Europäisches Kollisionsrecht, Grundlagen und Grundfragen, in: Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union, 1 (16).

¹²⁰⁶ Abgedruckt bei: *Jayme*, Europäisches Kollisionsrecht - Neue Aufgaben, neue Techniken, in: Hommelhoff/Jayme (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, 35 (49).

Bei Fehlen einer die Konkurrenzfrage regelnden Norm muss, da EuGH-Rechtsprechung dazu nicht vorliegt, auf allgemeine Grundsätze zurückgegriffen werden¹²⁰⁷. Die rechtsverbindlichen Handlungsformen sind im Gemeinschaftsrecht grundsätzlich¹²⁰⁸ gleichrangig. Bei Widersprüchen gilt der Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“, jedoch nur, wenn beide Rechtshandlungen in demselben Verfahren zustande gekommen sind und von demselben Organ erlassen wurden. Weitere gemeinschaftsrechtliche Konfliktlösungsregeln sind nicht ersichtlich.

Im Privatrecht völkerrechtlichen Ursprunges werden daneben noch andere Thesen vertreten. So soll immer die Regel, die eine Vereinheitlichung des materiellen Privatrechts bewirkt, der Norm, die lediglich das Kollisionsrecht vereinheitlicht, überlegen sein¹²⁰⁹. Andere stellen auf die effizientere Regelung ab, also beispielsweise diejenige, die liberalere Anerkennungsregelungen hat¹²¹⁰. Schließlich wird dem Akt der Vorrang gegeben, der die spezifischere Regelung enthält¹²¹¹. Diese Grundsätze können auch in die gemeinschaftsrechtliche Konfliktlösung im Rahmen des IPR Eingang finden. Die spezifischen, einzelne Rechtsgebiete betreffenden Annexregelungen (die auch oft sachrechtliche Regelungen treffen) müssen im Konfliktfall Vorrang vor den allgemeinen, auf Art. 65 EG gestützten Rechtsakten haben. Aus dem Verhältnis der Kompetenzen ist somit auf das Verhältnis der Akte zu schließen. Die Effektivitätsregel ist dagegen nicht heranzuziehen, da eine möglicherweise restriktive Ausgestaltung vom Gemeinschaftsgesetzgeber bewusst gewählt wird.

3. Ergebnis

Völkerrechtliche zwischen den Mitgliedstaaten geschlossene Verträge haben nach ihrer Vergemeinschaftung nur noch im Verhältnis zu Dänemark und bei einer Nichtteilnahme zum Vereinigten Königreich und Irland Bedeutung. Zwischen den Gemeinschaftsrechtsakten richtet sich das Konkurrenzverhältnis nach der lex posterior-Regelung, wenn diese Anwendung findet. Sonst geht die spezifische, auf andere Kompetenzgrundlagen gestützte Annexregelung der auf Art. 61 lit. c i.V.m. 65 EG gestützten Verfahrens- und Kollisionsnorm vor.

¹²⁰⁷ *Grabitz*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), *Kommentar zur Europäischen Union (Maastrichter Fassung)*, Art. 189, Rdnr. 21 f.; *Mankowski*, *ZVglRWiss* 2001, 137 (177).

¹²⁰⁸ Eine Ausnahme besteht nur bei Durchführungsbestimmungen, die nachrangig gegenüber den Grundnormen sind.

¹²⁰⁹ *Majoros*, *RabelsZ* 1982, 84 (86). Diese These wurde von *Zweigert/Drobnig*, *RabelsZ* 1965, 146 (147-153), aufgestellt.

¹²¹⁰ *Majoros*, *RabelsZ* 1982, 84 (94).

¹²¹¹ *Majoros*, *RabelsZ* 1982, 84 (99).

E. Zusammenfassung

Art. 65 EG kann als Kompetenznorm für die Vergemeinschaftung des IPR und IZVR dienen. Die Gemeinschaft ist bei der Ausgestaltung nicht eingeschränkt - sie kann insbesondere einseitige und allseitige Kollisionsnormen erlassen. Auch das internationale Verfahrensrecht kann Drittstaatenbezug aufweisen. Die Vergemeinschaftung kann sowohl durch einen autonomen Rechtsakt - Verordnung oder Richtlinie - als auch durch völkerrechtliches Handeln herbeigeführt werden.

Andere Kompetenznormen (Art. 95, 94, 44, 47 Abs. 2, 153, 137, 293 EG) können aufgrund der funktionalen Ausrichtung ebenfalls zum Erlass bestimmter IPR-Normen ermächtigen, treten jedoch hinter Art. 65 EG zurück, wenn es um die Verwirklichung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts geht. Art. 65 EG ist also vorrangig für die Verwirklichung eines umfassenden IPR-Konzepts, also wenn es sich nicht lediglich um Annex-Bestimmungen zur Vereinheitlichung des Sachrechts handelt. Bis zum jetzigen Zeitpunkt wurden drei, das internationale Verfahrensrecht berührende Verordnungen erlassen. Sie können jeweils so ausgelegt werden, dass sie den gewonnenen Ergebnissen entsprechen. Alle drei beziehen insbesondere Drittstaatsverhältnisse in ihren Anwendungsbereich ein. Zwischen diesen neuen und den alten Gemeinschaftsrechtsakten können ebenso Konflikte auftreten wie im Verhältnis zu autonomen mitgliedstaatlichen Akten und Rechtsakten völkerrechtlichen Ursprungs. Diese werden zum großen Teil schon in den neuen Verordnungen selbst gelöst. Im Falle nicht ausdrücklicher Regelung finden die allgemeinen Grundsätze Anwendung.

Teil 4 - Umsetzung und Ausgestaltung eines europäischen internationalen Privatrechts

Nachdem bereits festgestellt wurde, dass das internationale Privatrecht auf Grundlage des Art. 65 EG umfassend vergemeinschaftet werden kann, sollen nun die Gestaltung und die Möglichkeiten der praktischen Durchführung erörtert werden. Dies betrifft nicht nur die technische und formelle Umsetzung, sondern auch die inhaltliche Ausgestaltung eines gemeinschaftlichen IPR. Beides muss einem doppelten Anspruch gerecht werden: der Realisierung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dessen Kontext die IPR-Vergemeinschaftung eingebettet ist, und der Weiterentwicklung des Binnenmarktes, die ausdrücklich in Art. 65 EG gefordert wird.

A. Technische Umsetzung

I. Rechtsinstrument

Art. 65 EG ermöglicht, Maßnahmen zu ergreifen. Wie schon festgestellt¹²¹², sind Maßnahmen zumindest alle Rechtsakte des Art. 249 EG. Für eine Vergemeinschaftung kommen nur die Richtlinie und die Verordnung in Betracht, da diese allgemeine und (zumindest hinsichtlich ihres Zieles) verbindliche Geltung haben, während Entscheidungen nur konkret gelten und Empfehlungen und Stellungnahmen keine zwingenden Rechtswirkungen entfalten. Auch ungekennzeichnete Rechtsakte und Handlungsformen¹²¹³ können allgemeinverbindliche Geltung haben, würden sich dann jedoch in ihrer Wirkung von einer Richtlinie oder Verordnung nicht mehr unterscheiden.

1. Wirkungen von Richtlinie und Verordnung

Eine Verordnung gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Ein Umsetzungsakt ist nicht erforderlich und auch nicht zulässig¹²¹⁴. Durch eine Inkorporierung in nationales Recht würde der Gemeinschaftscharakter nicht klar zum Ausdruck kommen und deshalb das Auslegungsmonopol des EuGH gefährdet. Dem Inhalt der Verordnung entgegenstehendes nationales Recht ist im Gemeinschaftskontext nicht mehr anwendbar. Eine Verordnung führt damit zu einer Vereinheitlichung nationaler Rechtsvorschriften.

Eine Richtlinie ist dagegen für die Mitgliedstaaten zwar hinsichtlich ihres Ziels verbindlich, überlässt ihnen jedoch die Wahl der Form und Mittel (Art. 249 EG).

¹²¹² Siehe Teil 3, A.I.2.d.

¹²¹³ Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 249, Rdnr. 121 ff.

¹²¹⁴ EuGH, Rs. 34/73, Urt. v. 10.10.1973 - Variola - Slg. 1973, 981 (990, Rdnr. 10 f.)

Es soll also grundsätzlich lediglich ein Rahmen vorgegeben werden, der dem nationalen Gesetzgeber Spielräume bei der konkreten Eingliederung in das nationale Recht belässt. Im Regelfall¹²¹⁵ erzeugt sie erst durch eine solche Umsetzungshandlung für den Bürger Rechte und Pflichten, entfaltet jedenfalls dann erst horizontale und umgekehrt vertikale Wirkung. Die Gemeinschaft kann demzufolge durch den Erlass einer Richtlinie nicht vereinheitlichen, sondern nur die Angleichung der Rechtsvorschriften herbeiführen. Eine Richtlinie kann aber zulässigerweise¹²¹⁶ auch sehr detailliert ausgestaltet sein und so de facto trotz der Notwendigkeit der Umsetzung zu einer Vereinheitlichung führen.

2. Vereinheitlichung oder Angleichung als Ziel

Da beide Rechtsakte grundsätzlich zulässig sind, stellt sich die Frage nach dem „Erstrebenswerten“ - eine Vereinheitlichung oder eine Angleichung. Den Zielen der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit, der Anwendung des gleichen Rechts in jedem Mitgliedstaat, der Schaffung eines einheitlichen Rechtsraumes, wie der durch die Zielsetzung des Amsterdamer Vertrages beschriebene, entspricht in einem weit höherem Maße die vollständige Vereinheitlichung. Hierdurch kann eine gemeinsame Politik effektiv verwirklicht werden¹²¹⁷. Auch der Binnenmarkt wäre durch einen kompletten Entscheidungseinklang innerhalb der Gemeinschaft optimal realisiert¹²¹⁸. Er kann „reibungslos“ funktionieren, so wie es in Art. 65 EG gefordert wird. Durch die Angleichung mittels einer Richtlinie, die den Mitgliedstaaten einen weiten Spielraum belässt, wird dieses Ziel weit weniger erreicht, weil die nationalen Umsetzungsgesetze sich in ein System einpassen, das von Staat zu Staat variiert¹²¹⁹. Im Rahmen einer solchen Eingliederung lässt sich zwar die Terminologie anpassen und in das bestehende System einfügen, wodurch eine höhere Präzision gewährleistet wird¹²²⁰. Diesem Vorteil stehen aber mehrere Nachteile gegenüber: Die Notwendigkeit der Umsetzung einer Richtlinie führt zu einer potentiellen Ineffektivität derselben, weil die Mitgliedstaaten dieser Pflicht möglicherweise nicht oder nur in ungenügendem Maße nachkommen. Es kann darüber hinaus durchaus schwierig sein, die einzelnen umgesetzten Normen in den verschiedenen Rechtsordnungen aufzufinden, da sie teilweise in eigenständige Gesetze umgewandelt, teilweise in bestehende Kodifikationen

¹²¹⁵ Siehe Teil 4, A.II.

¹²¹⁶ Gegen diese Praxis wenden sich: *Blaurock*, JZ 1994, 270 (274) und *Taupitz*, Europäische Rechtsvereinheitlichung heute und morgen, 20, der von einer „Denaturierung“ der Richtlinie spricht.

¹²¹⁷ *Everling*, Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Steindorff, 1155 (1165).

¹²¹⁸ *Leible*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien, in: Schulte/Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 353 (388).

¹²¹⁹ *Basedow*, CMLR 1996, 1169 (1189).

¹²²⁰ *Oehlert*, JuS 1997, 317 (321).

integriert werden. Hierdurch, insbesondere durch die daraus folgende Verschleierung des Gemeinschaftscharakters, wird die einheitliche Auslegung und gemeinsame Fortbildung in Frage gestellt¹²²¹.

Demgegenüber wird dem Subsidiaritätsgedanken¹²²², der gerade in einer kürzlich erst vergemeinschafteten Materie eine noch viel größere Bedeutung erlangt als in anderen Politiken, durch eine Angleichung eher entsprochen als durch eine Vereinheitlichung¹²²³. Auch wenn das Subsidiaritätsprinzip bei Erlass der Einheitlichen Europäischen Akte noch nicht festgeschrieben war, so lag dessen Grundgedanke wohl schon der Erklärung der Kommission zugrunde¹²²⁴, in welcher sie festlegte, dass sie bei Angleichungsvorschlägen, die eine Änderung der gesetzlichen Vorschriften erfordern, der Richtlinie den Vorzug geben wird¹²²⁵. Diese Aussage bezog sich zwar eindeutig auf Art. 95 EG und die Kommission hat eine solche Erklärung im Rahmen des Art. 65 EG nicht wiederholt¹²²⁶, jedoch ist das Prinzip nunmehr auch in Ziff. 6 des Subsidiaritätsprotokolles¹²²⁷ festgeschrieben. Der Grundsatz gilt jedoch nur unter der Voraussetzung, dass das Ziel der Maßnahme in zufrieden stellender Weise erreicht werden kann. Dies ist, wie soeben erörtert, nicht der Fall, da der einheitliche Rechtsraum durch eine umfassende Vereinheitlichung besser erreicht werden kann.

Die Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber, wie er bei der Richtlinie notwendig ist, führt zwar zweifellos zu einer größeren Bürgernähe i.S.d. Subsidiaritätsgedankens, denn ein nationales Gesetz ist noch immer leichter zugänglich als ein europäischer Rechtsakt¹²²⁸. Dies wird sich jedoch zumindest dann ändern, wenn die Bedeutung europäischer Rechtsakte in noch höherem Maße erkannt wird, und in der Folge auch Verordnungen immer mehr Eingang in die nationalen Gesetzessammlungen finden. Die europäischen Rechtsakte entsprechen zudem allen rechtsstaatlichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Veröffentlichung, indem sie im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften verkündet werden (Art. 254 Abs. 1 EG). Der Transparenzgrundsatz als Ausprägung des Europas der Bürger ermöglicht den

¹²²¹ *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 373 (429); *Taupitz*, Europäische Rechtsvereinheitlichung heute und morgen, 24; *Martiny*, Europäisches Privatrecht - greifbar oder unerreichbar?, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch*, 1 (5).

¹²²² Siehe Teil 3, A. II.1.

¹²²³ *Schmidhuber*, DVBl. 1993, 417 (418), der aus dem Subsidiaritätsprinzip den Gedanken „Richtlinie vor Verordnung“ zieht.

¹²²⁴ ABLEG 1987 Nr. L 169, 24.

¹²²⁵ Zu dieser Erklärung: *Everling*, Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes, in: *Baur/Hopt/Mailänder* (Hrsg.), *Festschrift für Steindorff*, 1155 (1166).

¹²²⁶ Dies stellt auch *Basedow*, CMLR 2000, 687 (707), fest.

¹²²⁷ ABLEG 1997 Nr. C 340, 105 (106).

¹²²⁸ *Oehlert*, JuS 1997, 317 (321).

jederzeitigen Zugang zu den Dokumenten von Rat und Kommission (Art. 255 Abs. 1 EG)¹²²⁹.

Das Ziel der Schaffung eines einheitlichen Rechtsraumes überwiegt hier also zweifelsohne gegenüber dem Subsidiaritätsprinzip. Dieses ist freilich nicht außer Acht zu lassen, aber bei der inhaltlichen Ausgestaltung zu berücksichtigen. Es erfordert beispielsweise eine intensive Rechtsvergleichung im Vorfeld der vereinheitlichenden Maßnahme. Die Vereinheitlichung sollte weiterhin von Maßnahmen begleitet werden, die zu einer Stärkung der Akzeptanz der gemeinschaftlichen, unmittelbar geltenden Rechtsakte beitragen, insbesondere die Europäisierung der Rechtswissenschaft, der Rechtsliteratur und des Rechtsunterrichts¹²³⁰.

Durch eine Vereinheitlichung des IPR und die Unterstützung der Europäisierung des Rechtsbewusstseins wird dem Ziel der Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sowie dem Binnenmarktziel in größtmöglichem Maße entsprochen.

3. Vereinheitlichung mittels Verordnung

Zu klären bleibt nun noch, ob diese Vereinheitlichung durch eine Verordnung oder eine detaillierte Richtlinie realisiert werden soll. Bei einer detailliert gestalteten Richtlinie greifen die Vorteile, die sich aus der Umsetzungsmöglichkeit, also der Anpassung in das nationale System ergeben, nicht mehr. Demgegenüber bleibt die Umsetzungspflicht bestehen. Die Überführung in nationales Recht ist zwar nur noch ein formaler Akt, kann das Wirksamwerden jedoch verzögern. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH¹²³¹ kann eine Richtlinie zudem niemals unmittelbare Wirkung zu Lasten von Bürgern entfalten, so dass eine horizontale Direktwirkung zwischen Privaten ausgeschlossen ist. Im Rahmen des IPR geht es aber primär um Rechtsbeziehungen zwischen Privaten. Die Verordnung ist die angemessene Rechtsform. Dies hat auch die Kommission erkannt, die das Zustellungsübereinkommen zuerst als Richtlinie in das Gemeinschaftsrecht überführen wollte, dann jedoch auf eine Verordnung zurückgegriffen hat¹²³². Diese Vorgehensweise sollte beibehalten werden.

¹²²⁹ Siehe auch: Verhaltenskodex von Kommission und Rat, ABl. EG 1993 Nr. L 340, 41.

¹²³⁰ So auch: *Taupitz*, Europäische Rechtsvereinheitlichung heute und morgen, 16 ff.

¹²³¹ Beispielsweise: EuGH, Rs. C-91/92, Urt. v. 14.7.1994 - *Faccini Dori* - Slg. 1994, I-3325 (Rdnr. 22 ff.).

¹²³² *Lindacher*, ZJP 2001, 179 (179).

II. Gesamtkodifikation oder Teilkodifikationen

Gegenwärtig beschränkt sich die IPR-Vereinheitlichung im Gemeinschaftsrahmen auf bestimmte Teilgebiete¹²³³. Es existiert eine Verordnung für die Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung in Ehesachen und eine andere für Zivil- und Handelssachen. Daneben wird das Insolvenzrecht separat geregelt und das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht wird noch immer durch die Anwendung eines Übereinkommens bestimmt. Für diesen Bereich finden aber derzeit die Vorarbeiten für eine Verordnung statt. Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht soll in einem eigenen Rechtsakt geregelt werden. Die gegenwärtigen mitgliedstaatlichen Regelungen sind dagegen, zumindest im Bereich der Kollisionsnormen, größtenteils komplexe Gesetze, wie beispielsweise Art. 3-46 EGBGB¹²³⁴. Die neueren nationalen Kodifikationen (beispielsweise die Italiens und der Schweiz¹²³⁵) enthalten in einer einzigen gesetzlichen Regelung neben den Kollisionsnormen sogar die Normen des internationalen Verfahrensrechts¹²³⁶.

1. Vorteile einer Gesamtkodifikation

Eine solche Gesamtkodifikation hat den Vorteil der Übersichtlichkeit und der Prinzipienstimmigkeit, also der besseren Zugänglichkeit und der Erhöhung der Rechtssicherheit für den Bürger, ebenso wie die Möglichkeit der Entwicklung eines einheitlichen Systems. Aber nicht nur dem Bürger nutzt eine Gesamtkodifikation, auch den Gerichten wird die Arbeit erleichtert, was wiederum zu einer zügigeren und effektiveren Erlangung von Rechtsschutz führt¹²³⁷. Eine solche Gesamtkodifikation ist mithin auch in einem einheitlichen Rechtsraum zu fordern. Darüber hinaus wird auch der grenzüberschreitende Wirtschaftsverkehr besser gefördert, wenn nicht nur unvollständig vereinheitlicht wird, denn zur Vermeidung von Intransparenz ist eine gewisse Harmonisierungsdichte notwendig¹²³⁸.

Durch eine Regelung, in der neben dem anwendbaren Recht auch die Zuständigkeit und die Anerkennung normiert wird, wird zudem die

¹²³³ Siehe Ausführungen Teil 3, C.

¹²³⁴ Das Verfahrens- und Insolvenzrecht ist freilich auch hier separat geregelt oder beruht auf Richterrecht.

¹²³⁵ Gesetz vom 31.5.1995, Nr. 218 - Reform des italienischen internationalen Privatrechts, bei: Riering (Hrsg.), IPR-Gesetze in Europa, Nr. 3b; Bundesgesetz der Schweizerischen Eidgenossenschaft über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987; bei: Riering (Hrsg.), IPR-Gesetze in Europa, Nr. 8.

¹²³⁶ *Jayme*, Europäisches Kollisionsrecht - Grundlagen und Grundfragen, in: Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts der Europäischen Union, 1 (4); *Vischer*, Bemerkungen zum Verhältnis von internationaler Zuständigkeit und Kollisionsrecht, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), Mélanges von Overbeck, 349 (349).

¹²³⁷ *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 72.

¹²³⁸ *Kötz*, *RebelsZ* 1986, 1 (12).

Verbundenheit zwischen diesen Materien betont und der Gedanke *von Savigny's*, dass Gerichtsstand und anwendbares Recht nur als verschiedene Seiten des gesamten örtlichen Rechtszustandes anzusehen sind¹²³⁹, umgesetzt. Denn durch die Wahl des Gerichtsstandes bestimmt der Kläger nicht nur das Prozessrecht des Forumstaates (insbesondere das Beweisrecht), sondern mittelbar auch das anwendbare Recht - „Law shopping through forum shopping“¹²⁴⁰. Bedenkt man nun weiterhin, dass sich im Rahmen der Anerkennung die Tendenz zum Verbot der Nachprüfung des angewendeten Rechts fortsetzt¹²⁴¹, so bedeutet dies, dass bei fehlender Kollisionsrechtsgleichheit in einem Mitgliedstaat Urteile für gleiche Sachverhalte nach verschiedenen zugrunde gelegten Rechten Rechtskraft entfalten können¹²⁴². Die vermeintliche Einheitlichkeit wird also wieder zerstört.

2. Gründe für bisherige Teilkodifizierung

Dies führt zu der Frage, warum eine solche Gesamtkodifikation, d.h. eine „IPR-Verordnung“ bisher nicht angestrebt wurde. Ein Grund liegt sicher in der notwendigen Detailliertheit der Regelungen, die allen mitgliedstaatlichen Forderungen gerecht werden müssen und der damit verbundenen Länge und mangelnden Übersichtlichkeit. Die nur punktuelle Regelung in den vor dem Amsterdamer Vertrag erlassenen Richtlinien ist zudem auf die schrittweise Vergemeinschaftung der Kompetenzen zurückzuführen. Der Gemeinschaft standen ausschließlich Kompetenzen auf bestimmten Gebieten zu, die das IPR nur am Rande betrafen. Ziel der vor Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages stattgefundenen Vereinheitlichung war es, die Rechtssicherheit auf bestimmten, wirtschaftlich wichtigen Gebieten zu erhöhen. Man beschränkte sich deshalb auf ein Tätigwerden in den Materien, die am engsten mit dem Funktionieren des Gemeinsamen Marktes verbunden sind¹²⁴³.

Auch, wenn die Vergemeinschaftung nun im Rahmen einer neuen Gemeinschaftspolitik stattfindet und es hinsichtlich der Kompetenz zur Vereinheitlichung des gesamten IPR keine Bedenken mehr gibt¹²⁴⁴, so bleiben doch politische und praktische Probleme bestehen. Nicht in allen Materien scheint Konsensbereitschaft vorhanden zu sein. Wie erörtert, ist die Kommission zwar auf

¹²³⁹ *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8, 77.

¹²⁴⁰ *Vischer*, Bemerkungen zum Verhältnis von internationaler Zuständigkeit und Kollisionsrecht, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), *Mélanges von Overbeck*, 349 (350); *Pirrung*, Zugang zum Recht in der Europäischen Union, in: Baret (Hrsg.), *Creating a European Judicial Space*, 35 (41).

¹²⁴¹ Art. 18 Brüssel II-VO; Art. 36 EuGVVO; auch schon im Art. 29 EuGVÜ.

¹²⁴² Kritisch diesbezüglich: *Kohler*, Status als Ware, in: Mansel (Hrsg.), *Vergemeinschaftung des Europäischen Kollisionsrechts*, 41 (52).

¹²⁴³ *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 373 (398).

¹²⁴⁴ Siehe Teil 3, A. III.

mehreren Gebieten des IPR tätig und weitere Rechtsakte sind in Planung, jedoch bedarf die Vereinheitlichung sensibler Materien, wie der des Familien- und Erbkollisionsrechts, noch intensiver Vorbereitung.

3. Praktische Umsetzung

Trotz dieser Schwierigkeiten erscheint eine Totalvereinheitlichung auf längere Sicht nicht mehr als kühn¹²⁴⁵, sondern es sollte vielmehr intensiv auf eine Gesamtkodifikation des IPR inklusive des IZVR hingearbeitet werden. Eine solche zusammenhängende Kodifikation hätte den Vorteil einer möglichen Voranstellung eines Allgemeinen Teils, in welchem die wichtigsten Grundbegriffe geklärt und die Grundprinzipien des europäischen internationalen Privatrechts, die als Auslegungshilfen für alle Regeln gelten würden, festgesetzt werden könnten. Diese Auslegung könnte dann vom EuGH nach einem einheitlichen Verfahren durchgeführt werden.

Praktisch kann dies nun, da bereits eine auf bestimmte Gebiete begrenzte Kodifikation stattgefunden hat, entweder so zu vollziehen sein, dass eine neue umfassende Verordnung erlassen wird¹²⁴⁶, welche die alten Gemeinschaftsrechtsakte nach dem *lex posterior* Grundsatz verdrängt. Eine solche sollte vertrautermaßen einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil enthalten, wobei im Besonderen Teil das Personen-, Familien- und Vermögensrecht geregelt werden muss. Diese Aufteilung findet sich schon jetzt im Großteil der nationalen Kodifikationen¹²⁴⁷.

Eine andere Möglichkeit wäre der Erlass einer allgemeinen Verordnung, also einer „Verordnung zur Regelung des internationalen Privatrechts“, in der lediglich allgemeine Vorgaben für die Auswahl der Anknüpfung und internationalen Zuständigkeit gemacht werden und die Fragen des *ordre public*, der Arten der Verweisung, der Rückverweisung, der Qualifikation und Vorfrage¹²⁴⁸, der Anerkennung und Vollstreckung geregelt werden. Auf eine solche Verordnung

¹²⁴⁵ So noch: *Geimer*, IPRax 2002, 69 (74); *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 373 (398).

¹²⁴⁶ So auch: *Geimer*, IPRax 2002, 69 (74); *Staudinger*, ZfRV 2000, 93 (104). *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 185, sieht die Zusammenfassung sämtlicher Bestimmungen des internationalen Zivilverfahrensrecht jedoch erst als zweiten Schritt nach dem sukzessiven Erlass aller in Aussicht stehenden sekundären Gemeinschaftsrechtsakte als realistisch an. Damit wäre jedoch nur der Übersichtlichkeit, nicht aber der Stimmigkeit gedient, wenn nicht nach kurzer Zeit schon wieder materielle Änderungen durchgeführt werden sollen.

¹²⁴⁷ *Siehr*, Rechtsangleichung im IPR durch nationale Kodifikationen, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), *Mélanges von Overbeck*, 205 (216).

¹²⁴⁸ Hierbei handelt es sich um allen international-privatrechtlichen Regelungen gemeinsame Rechtsfiguren, vgl.: *Siehr*, Rechtsangleichung im IPR durch nationale Kodifikationen, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), *Mélanges von Overbeck*, 205 (223 f.).

könnte in allen weiteren spezielleren, auf Art. 65 EG, aber auch auf andere Rechtsgrundlagen gestützten¹²⁴⁹ Rechtsakten zurückgegriffen werden. Dadurch wird zwar keine einheitliche Kodifikation geschaffen, aber Grundprinzipien und Grundwertungen würden aufgestellt, Begriffe einheitlich definiert, eine Systematik geschaffen, so dass in geringerem Ausmaß Widersprüche bzw. Unstimmigkeiten auftreten würden. Die Übersichtlichkeit würde erhöht, wenn die sich auf diese Grundverordnung beziehenden Akte in dieser genannt oder im Anhang aufgeführt würden.

Der Erlass einer umfassenden IPR-Verordnung ist zwar vorzugswürdig, denn nur durch sie kann eine wirkliche Vereinheitlichung stattfinden. Diese ist aber gegenwärtig nicht realisierbar¹²⁵⁰. Die Schwierigkeiten bestimmter Gebiete (beispielsweise Erbrecht) dürfen nicht zu Lasten der anderen vereinheitlichungsfähigen Gebiete gehen. Eine abschnittsweise Vereinheitlichung ist deshalb wohl zunächst der einzig gangbare Weg, um Fortschritte zu erzielen¹²⁵¹. Da eine allgemeine IPR-VO eine Kohärenz bewirkt, kann dann, wenn auch die Materien vereinheitlicht werden, in denen bislang noch keine Vereinheitlichung möglich ist, eine solche Gesamtkodifikation komplikationslos geschaffen werden. Die allgemeine Verordnung kann in dem Fall die Grundlage des Allgemeinen Teils bilden.

B. Inhaltliche Umsetzung

Vor dem Hintergrund, dass eine Gesamtkodifikation noch nicht realisierbar ist und aufgrund der Komplexität der einzelnen Materien, können und sollen im Rahmen dieser Arbeit keine konkreten Kodifikationsvorschläge zur inhaltlichen Umsetzung der Vereinheitlichung¹²⁵² entwickelt werden. Dies ist auch nicht das Ziel der Abhandlung. Es soll vielmehr erörtert werden, an welche Vorgaben die Gemeinschaft bei der Ausgestaltung einer allgemeinen IPR-Verordnung gebunden ist und welche konkreten Auswirkungen diese Vorgaben haben können. Ausgangspunkt dieser Überlegungen muss sein, dass die Rechtseinheit an sich nicht genügt, obwohl schon allein durch ihre Realisierung die Rechtsklarheit und die Rechtssicherheit erhöht werden. Vielmehr müssen in diesem Rahmen Normen von hoher Qualität geschaffen werden, die der Realisierung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und des Binnenmarktes dienen. Es ist also bei der Vergemeinschaftung eine Rechtsfortbildung, eine inhaltliche Verbesserung des Rechts unter Beachtung dieser Gemeinschaftsziele anzustreben.

¹²⁴⁹ Siehe Teil 3, B.II.

¹²⁵⁰ Siehe Teil 4, A.II.2.

¹²⁵¹ So im Allgemeinen: *Schneider*, Zur europäischen und internationalen Angleichung im Privatrecht, 25.

¹²⁵² Wie z.B.: *Frankenstein*, Projet d'un Code européen de Droit international privé.

I. Allgemeine Leitlinien zur Rechtsvereinheitlichung in einem einheitlichen Rechtsraum

1. Übernahme oder Neubildung von Normen

Es stellt sich insbesondere die Frage, ob man sich an einer bestehenden Kodifikation orientieren oder eine neue Lösung suchen soll. Die Grundkonzeptionen der nationalen international-privatrechtlichen Regelungen¹²⁵³ sollten soweit wie möglich beibehalten werden. Ein Aufzwingen völlig neuer Strukturen kann zu Akzeptanzproblemen, folglich zu einer Negierung der positiven Effekte der Vereinheitlichung führen. Vor allem am System der Anknüpfung an das Rechtsverhältnis¹²⁵⁴ darf deshalb nicht gerüttelt werden.

Bezüglich konkreter Normen ist zwischen Lösungen, die in allen Mitgliedstaaten anerkannt sind - wie beispielsweise der *lex rei sitae*-Grundsatz im internationalen Sachenrecht für Immobilien¹²⁵⁵ - und den in den Mitgliedstaaten strittigen Punkten zu unterscheiden¹²⁵⁶. Bei anerkannten Normen sollte diese Lösung aus Akzeptanzgründen übernommen werden, wobei jedoch zu überprüfen ist, ob sie den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts gerecht wird¹²⁵⁷. Im zweiten Fall ist eine intensive Rechtsvergleichung notwendig, bei der die einzelnen Privatrechtskulturen angemessen zu berücksichtigen sind. Die Zugrundelegung eines nationalen Modells bereitet üblicherweise große Akzeptanzprobleme¹²⁵⁸. Aufgrund des im Rahmen der fortschreitenden Integration stattfindenden Verlustes an nationaler Identität ist jeder Staat bestrebt, seine eigene Vorstellung möglichst weit einzubringen. Ein Konsens, der noch den Zielen entspricht und nicht nur Mindeststandards aufstellt oder Sonderregelungen für einzelne Mitgliedstaaten einräumt, erscheint daher fast unmöglich. Unter Umständen kann es insofern sogar besser sein, völlig neue Lösungen zu entwickeln als Lösungen zu übernehmen, die nur in einigen Staaten akzeptiert sind.

¹²⁵³ Diese waren seit der Schaffung der großen Privatrechtskodifikationen noch nie so ähnlich wie momentan, *Siehr*, Rechtsangleichung im IPR durch nationale Kodifikationen, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), *Mélanges von Overbeck*, 205 (240).

¹²⁵⁴ *von Savigny*, *Das System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 8, 28.

¹²⁵⁵ Bsp.: Art. 51 Gesetz zur Reform des italienischen Privatrechts (bei: Riering [Hrsg.], *IPR-Gesetze in Europa*, Nr. 3b); § 31 IPRG Österreich (bei: Riering [Hrsg.], *IPR-Gesetze in Europa*, Nr. 4a); Richterrecht in Frankreich (dazu: *Loussouam/Bourel*, *Droit international privé*, 441).

¹²⁵⁶ *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 23 f., führen dazu aus: „Die Erfahrung lehrt: Das jeweils Gleiche in den beteiligten Rechtsordnungen wird in das vereinheitlichte Normenwerk übernommen und das national Verschiedene wird dadurch gleich gemacht, daß man die beste Variante in das vereinheitlichte Statut aufnimmt oder auch ein aus der Vergleichung gewonnenes Neues, das besser und praktikabler ist, als alle existenten Lösungen.“

¹²⁵⁷ *Blaurock*, *JZ* 1994, 270 (275), will diese Lösung auch durchsetzen, wenn sie nicht unbedingt als die bessere angesehen wird. Dies sollte aber möglichst vermieden werden, da den Gemeinschaftszielen Priorität einzuräumen ist.

¹²⁵⁸ *Blaurock*, *JZ* 1994, 279 (272).

2. Rechtsfortbildung

Wie bereits kurz angeführt¹²⁵⁹, kann die Rechtseinheit an sich nicht als absoluter Wert angesehen werden, vielmehr ist auch deren Inhalt entscheidend. Ein uniformes Recht auf Mindestniveau ist nicht erstrebenswert, sondern die Vereinheitlichung sollte auch mit einer inhaltlichen Rechtsfortbildung, einer Rechtsverbesserung einhergehen¹²⁶⁰. Teilweise wird demgegenüber sogar von einem Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel der Rechtsvereinheitlichung und der Möglichkeit der Entwicklung des Rechts ausgegangen¹²⁶¹. Dies kann aber nur für die Ausgestaltung und Anwendung eines einmal vereinheitlichten Rechts gelten. Die Gefahr einer gewissen Lähmung nach der außerordentlichen Leistung der Vereinheitlichung kann sicher nicht verhehlt werden, ist aber auf europäischer Ebene geringer als bei sonstigem Einheitsrecht, da die Fortbildung durch die Rechtsprechung des EuGH gewährleistet und auch die Anpassung der Rechtsnormen an neue Entwicklungen durch die Gemeinschaftsorgane ebenfalls jederzeit möglich ist. Gleichwohl steht außer Frage, dass schon die Bildung von Einheitsnormen immer zielbezogen und auf einem inhaltshohen Niveau realisiert werden sollte.

a. Förderung des Binnenmarktes

Im Mittelpunkt steht, wie bei jeder im Gemeinschaftsrahmen vollzogenen wirtschaftsnahen Rechtsvereinheitlichung zur Binnenmarktrealisierung¹²⁶², zweifellos der Abbau von Handelshindernissen und Wettbewerbsverzerrungen sowie die Förderung des grenzüberschreitenden Austausches durch die Verminderung von dafür spezifischen Rechtsrisiken¹²⁶³. Die einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen müssen so koordiniert werden, dass Transaktionen reibungslos ablaufen. Dies ist bei dem System, das *von Savigny* entwickelt hat, unter Zugrundelegung der Prämisse der freundlichen Zulassung fremder Gesetze grundsätzlich gegeben¹²⁶⁴, muss aber auch Eingang in die Ausgestaltung der einzelnen Statute finden.

¹²⁵⁹ Teil 4, B.

¹²⁶⁰ *Neuhaus/Kropholler*, *RabelsZ* 1981, 73 (89); *Kronke*, Zur Komplementarität von IPR und Einheitsrecht, in: Basedow u.a. (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa*, 757 (761); *Taupitz*, *Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen*, 42, 69.

¹²⁶¹ *Neuhaus/Kropholler*, *RabelsZ* 1981, 73 (80); *Behrens*, *RabelsZ* 1986, 19 (19).

¹²⁶² Zum Binnenmarktbezug, ausführlich: Teil 2, A.

¹²⁶³ *Neuhaus/Kropholler*, *RabelsZ* 1981, 73 (77); *Behrens*, *RabelsZ* 1986, 19 (21).

¹²⁶⁴ *von Savigny*, *Das System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 8, 28; *Behrens*, Die Bedeutung des Kollisionsrechts für die „Globalisierung“ der Wirtschaft, in: Basedow u.a. (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa*, 381 (388 f.).

Anerkennungs- und Vollstreckungsregelungen sollten zur Realisierung des Binnenmarktes¹²⁶⁵ möglichst von Einschränkungen befreit, und wenn die Dynamik des Gemeinschaftsrechts weiterhin fortschreitet, ganz abgeschafft werden. Der Wirtschaftsverkehr und auch die Durchsetzung des Rechts werden dadurch erleichtert und beschleunigt. Dies stellte auch der Europäische Rat bei seinem Treffen in Tampere fest, indem er die verbesserte gegenseitige Anerkennung als Eckstein der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen bezeichnete¹²⁶⁶. Er beschränkte aber die Forderung nach der Abschaffung des Zwischenverfahrens bei der Anerkennung und Vollstreckung zunächst auf Titel, die aufgrund geringfügiger verbraucherrechtlicher oder handelsrechtlicher Ansprüche erlassen wurden, sowie auf bestimmte familienrechtliche Urteile (Unterhaltsansprüche und Besuchsrechte). Im daraufhin erlassenen Maßnahmenprogramm des Rates und der Kommission¹²⁶⁷ wurde die generelle Abschaffung des Exequaturverfahrens als Ziel benannt und in einer ersten Phase für unbestrittene Forderungen beschlossen. Inzwischen liegt eine Verordnung und ein Verordnungsvorschlag der Kommission vor, die auf ein Exequaturverfahren zumindest teilweise verzichten¹²⁶⁸. Es setzt sich somit schon in den bestehenden Rechtsakten ein „europäischer Vollstreckungstitel“ in dem Sinne durch, dass Titel aus einem anderen Mitgliedstaat aufgrund eines beigefügten einheitlichen Formulars ohne vorherige Vollstreckbarerklärung zu vollstrecken sind¹²⁶⁹. Auf ein Exequaturverfahren wird damit verzichtet, d.h. Anerkennungs- und Vollstreckbarerklärungsvoraussetzungen entfallen ersatzlos und die Vollstreckbarerklärung wird zu einer reinen Formalität reduziert¹²⁷⁰.

b. Realisierung des Rechtsraumes

Neben der Realisierung des Binnenmarktes müssen ferner die einzelnen Ausprägungen des Rechtsraumes in die Überlegungen zur Rechtsfortbildung einbezogen und so den Interessen der Individuen, deren tägliches Leben als Hauptziel des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und damit der Zusammenarbeit in Zivilsachen verbessert werden soll¹²⁷¹, Rechnung getragen werden¹²⁷². Hierbei sind die Rechtssicherheit als Bestandteil des

¹²⁶⁵ Heß, JZ 2001, 573 (582).

¹²⁶⁶ SN 200/98 D 8, Rdnr. 33.

¹²⁶⁷ ABl.EG 2001 Nr. C 12, 1.

¹²⁶⁸ ABl.EG 2003, Nr. L 338, 1; KOM (2003), 341 endg.; siehe Teil 3, C. I., IV, 1.

¹²⁶⁹ Wagner, IPRax 2002, 75 (77).

¹²⁷⁰ Geimer, IPRax 2002, 69 (71).

¹²⁷¹ Aktionsplan des Rates und der Kommission, ABl.EG 1999 Nr. C 19, 20.

¹²⁷² Jayme, Europa: Auf dem Weg zu einem interlokalen Kollisionsrecht?, in: Mansel (Hrsg.), Vergemeinschaftung des Europäischen Kollisionsrechts, 31 (38), der in diesem Zusammenhang ausführt: „Wenn man die Freizügigkeit zum Hauptkriterium für Konfliktlösungen bestimmt, bleibt die Freiheit der Beherrschenden auf der Strecke.“

Rechtsstaatsgedankens, die Zugänglichkeit des Rechts und die Gerechtigkeit zu beachten¹²⁷³. Diese ergänzen sich nicht immer, sondern stehen sich teilweise diametral gegenüber. In einem solchen Fall müssten sie zu einem Ausgleich gebracht werden, was aber insbesondere aufgrund der schweren Fassbarkeit des Begriffs der Gerechtigkeit schwierig erscheint.

aa. Gerechtigkeit im internationalen Privatrecht

Die Bestimmung eines allgemeinen Gerechtigkeitsgehaltes ist insbesondere im internationalen Privatrecht diffizil. Neben den dem allgemeinen Privatrecht zugrunde liegenden Gerechtigkeitserwägungen¹²⁷⁴ besteht eine spezifische, separat zu betrachtende¹²⁷⁵ international-privatrechtliche Gerechtigkeit. Kriterien zu deren Bestimmung sind beispielsweise das Interesse der Parteien an der Anwendung des Rechts, das ihnen am nächsten ist (Prinzip der engsten Verbindung)¹²⁷⁶, das Interesse an der Rechtssicherheit und der Schnelligkeit von Transaktionen, das Interesse am internationalen Entscheidungseinklang¹²⁷⁷ und an der Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse¹²⁷⁸. Diese international-privatrechtliche Gerechtigkeit überwog die materiellrechtliche in einem solchen Maße, dass behauptet wurde, das IPR sei ein neutrales Verweisungsrecht, also grundsätzlich nicht für das Ergebnis der sachrechtlichen Entscheidung verantwortlich, sondern behandle alle Sachrechte als gleichwertig¹²⁷⁹. Jedoch gab es schon im klassischen IPR Überschneidungen dieser Gerechtigkeit mit materiellrechtlichen Kriterien (ordre public und Eingriffsnormen). Im neueren IPR geht die Tendenz zu einer weiteren Materialisierung¹²⁸⁰, also zu einer Anreicherung des IPR mit sozialen Werten, zu einer Verdrängung abstrakt

¹²⁷³ Siehe Teil 1, C.II.2.a.cc. Des Weiteren: *Buchwald*, Der Staat, 189 (216); *Vrellis*, La justice „matérielle“ dans une codification du droit international privé, in: Borrás (Hrsg.), *Liber amicorum Droz*, 541 (542); *Kegel*, Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, in: Gerwing u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Lewald*, 259 (266); *Gündisch*, Qualität europäischer Rechtsetzung, in: Basedow u.a. (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa*, 109 (109).

¹²⁷⁴ Hier können beispielhaft aufgeführt werden: der Minderjährigenschutz, der Schutz des gutgläubigen Erwerbs, die Nichtigkeit sittenwidriger Geschäfte.

¹²⁷⁵ *von Bar*, IPR I, Rdnr. 627.

¹²⁷⁶ Wobei dieser Nähe schon wieder verschiedene Kriterien zugrunde liegen können: das Interesse an einer leichten Ermittlung des Rechts, das Interesse der Anpassung an die Umwelt oder auch das Interesse an der Kontinuität der Rechtsbeziehungen, vgl.: *Lüderitz*, Anknüpfung im Parteiinteresse, in: *Lüderitz/Schröder* (Hrsg.), *Festschrift für Kegel*, 31 (36 ff.).

¹²⁷⁷ So schon: *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8, 27, der den Idealzustand dann erreicht sah, wenn jeder Richter der Welt denselben Fall nach demselben Recht beurteilt. Ebenso: *Zweigert*, *RabelsZ* 1973, 435 (436); *Schurig*, *RabelsZ* 1995, 229 (236); *Gounalakis/Radke*, *ZVglRWiss* 1999, 1 (5).

¹²⁷⁸ *Vrellis*, La justice „matérielle“ dans une codification du droit international privé, in: Borrás (Hrsg.) *Liber amicorum Droz*, 541 (553); *Kegel*, Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, in: Gerwing u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Lewald*, 259 (271).

¹²⁷⁹ *Gounalakis/Radke*, *ZVglRWiss* 1999, 1 (5), *Kegel* Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, in: Gerwing u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Lewald*, 259 (271). Kritisch hierzu: *Flessner*, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, 115.

¹²⁸⁰ Nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen Staaten, vgl.: *Schröder*, Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht, 133.

formaler Regelungen durch Wertungen sachlicher oder gar rechtspolitischer Art¹²⁸¹, was zu einer Aufgabe der Neutralität führt¹²⁸².

Diese Materialisierung des IPR, als Fortsetzung des Sachrechts auf internationaler Ebene¹²⁸³, entspricht auch dem Gemeinschaftsrecht. Der Raum des Rechts ist - wie schon angeführt wurde¹²⁸⁴ - auch durch Gerechtigkeitserwägungen gekennzeichnet. Es soll bei den Bürgern ein einheitliches Gefühl von dem, was Recht ist, entwickelt werden. Dies kann momentan noch nicht durch das Sachrecht realisiert werden, da eine umfassende Vereinheitlichung hier politisch noch fern liegt. Die privatrechtlichen Gerechtigkeitseinstellungen können aber schon durch das Kollisionsrecht angeglichen werden. Dadurch wird dann auch die Vereinheitlichung des Sachrechts erleichtert, als dessen Vorstufe die Kollisionsrechtsvereinheitlichung betrachtet werden muss¹²⁸⁵.

Die Frage bei der Bildung eines einheitlichen IPR ist also nicht, ob die materielle oder die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit durchgesetzt werden soll, sondern wieviel der materiellen Gerechtigkeit¹²⁸⁶. Grundsätzlich soll nicht mehr das allein räumlich beste, sondern das materiell gerechteste Recht Anwendung finden, ohne aber von den klassischen kollisionsrechtlichen Werten abzurücken. Diese Prämisse stellt keine Abwendung vom Grundgedanken *von Savignys* - die Gleichrangigkeit der Rechte - dar, sondern eine Fortentwicklung¹²⁸⁷. Die in Betracht kommenden Interessen müssen ermittelt und bewertet werden¹²⁸⁸. Der Gemeinschaftsgesetzgeber muss abwägen und schon auf kollisionsrechtlicher Ebene Wertungen treffen¹²⁸⁹. Dies hat die Gemeinschaft beispielsweise schon im Rahmen der Verbraucherschützenden Richtlinien und auch im Vorschlag für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende

¹²⁸¹ *Habermeier*, Neue Wege zum Wirtschaftskollisionsrecht, 219.

¹²⁸² *Vrellis*, La justice „matérielle“ dans une codification du droit international privé, in: Borrás (Hrsg.), *Liber amicorum Droz*, 541 (556). Anders: *Zweigert*, *RabelsZ* 1973, 435 (443), der behauptet, dass das IPR nur eine schwache soziale Dimension hat, also der Einfluss gesellschaftlicher Tatsachen und Wertungen auf die Entwicklung, Anwendung und Wirkung rechtlicher Regelungen gering ist.

¹²⁸³ *Schröder*, Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht, 113.

¹²⁸⁴ Teil 1, C.II.2.a.cc.(2).

¹²⁸⁵ Siehe Teil 3, A.II.2; *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 373 (413), führt noch weitergehend aus, dass das bescheidene Integrationsergebnis lediglich angeglichenen Sachrechts den erheblichen hierfür erforderlichen Aufwand nicht rechtfertigt.

¹²⁸⁶ *Symonides*, Material Justice and Conflicts of Justice in Choice of Law, in: Borchers/Zekoll (Hrsg.), *International Conflicts of Laws for the Third Millennium*, 125 (138).

¹²⁸⁷ *Schröder*, Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht, 141.

¹²⁸⁸ *Schröder*, Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht, 112.

¹²⁸⁹ *Juenger*, *NJW* 1973, 1521 (1529); *Leible*, Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 353 (356).

Recht verwirklicht, dessen ausdrücklich genanntes Ziel der angemessene Interessenausgleich zwischen Schädiger und Geschädigtem ist¹²⁹⁰.

bb. Rechtsstaatlichkeit - Rechtssicherheit

Im Rahmen der Rechtsstaatsprinzipien ist bei der Ausarbeitung neuer Normen insbesondere die Realisierung der Rechtssicherheit zu beachten. Es besteht grundsätzlich die Wahl zwischen präzisen Normen, die der Rechtssicherheit in hohem Maße Rechnung tragen, und flexiblen Regelungen, die besser die speziellen Umstände des Einzelfalles berücksichtigen.

Im IPR besteht die Problematik, dass die Anknüpfungspunkte auf verschiedene Rechtsordnungen anwendbar und deshalb sehr weit sein müssen. Bei strengen und präzisen Regelungen bestünde die Gefahr der Umgehung. In einem einheitlichen Kollisionsrecht müssen deshalb Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe noch mehr als im Sachrecht ihren Platz haben. Die Rechtsprechung muss die Möglichkeit haben, seltene, nicht vorgesehene oder sich aus neueren Entwicklungen ergebende Konstellationen selbst einzuordnen, das Recht fortzuentwickeln und anzupassen¹²⁹¹. Kollisionsrecht kann nur funktionieren, wenn es bis zu einem gewissen Punkt flexibel ist¹²⁹². Standardkonstellationen müssen aus Gründen der Rechtssicherheit damit genau geregelt werden, jedoch muss eine Ausweichklausel dem Richter die Möglichkeit belassen, im Ausnahmefall anders zu entscheiden¹²⁹³.

cc. Realisierung des Zugangs zum Recht

Das Recht muss auf möglichst einfache Weise durchgesetzt werden können. Dies wird primär durch das internationale Verfahrensrecht gewährleistet. Es ist so auszugestalten, dass ein rascher, wirksamer und kostengünstiger Zugang zum Recht ermöglicht wird. Dem dienen weite Zuständigkeitsregeln und geringe Anforderungen an die Anerkennung und Vollstreckung¹²⁹⁴. Durch weite Zuständigkeitsregeln ist der Bürger nicht auf einen bestimmten Gerichtsstand beschränkt, sondern kann seine Rechte in dem Staat durchsetzen, dessen Recht ihm am besten vertraut ist und zu dem er die engste Verbindung hat. Durch liberale Anerkennungs- und Vollstreckungsregeln wird die Durchsetzung der gerichtlichen Entscheidung erleichtert. Aber auch das Kollisionsrecht dient dem Zugang zum Recht. Kollisionsnormen müssen so ausgestaltet werden, dass jeder

¹²⁹⁰ KOM (2003) 427 endg. 12.

¹²⁹¹ *Juenger*, NJW 1973, 521 (524); *Blaurock*, JZ 1994, 270 (276).

¹²⁹² So auch: *Neuhaus*, RabelsZ 1971, 401 (417); *Neuhaus/Kropholler*, RabelsZ 1981, 73 (87).

¹²⁹³ So auch: *Kropholler*, RabelsZ 1969, 601 (608).

¹²⁹⁴ *Dopffel/Siehr*, RabelsZ 1980, 344 (347).

Bürger leicht, sicher und kostengünstig feststellen kann, welche Rechtsordnung für sein Verhalten maßgeblich sein soll bzw. war¹²⁹⁵. Dabei muss der Geltungsanspruch der beteiligten Sachrechte ausgleichend und als ebenbürtig berücksichtigt werden¹²⁹⁶.

dd. Notwendigkeit der Abwägung

Zur Realisierung des Rechtsraumes steht im Rahmen der Rechtsfortbildung der Gerechtigkeitsgedanke im Vordergrund. Dennoch muss bei der Ausarbeitung der Normen der Rechtssicherheit entsprochen und auf einen Ausgleich mit dem Gedanken der Ermöglichung eines leichten Zugangs zum Recht geachtet werden. Dies gilt neben der schon erörterten notwendigen Präzision¹²⁹⁷ der Rechtsnormen auch für die inhaltliche Ausgestaltung.

Gleiches gilt für das internationale Verfahrensrecht. Dem primären Ziel der Ermöglichung des Zugangs zum Recht können hier materielle Gerechtigkeitsabwägungen und die Rechtssicherheit entgegenstehen. Eine weite Zuständigkeit kann beispielsweise am besten durch eine Vielzahl alternativer Gerichtsstände erreicht werden. Dem stehen jedoch die Rechtssicherheit des Anspruchsgegners und bei unvereinheitlichtem Kollisionsrecht die Gefahr des exzessiven forum shopping gegenüber¹²⁹⁸. Das EuGVÜ beruht deshalb auf zwei Grundprinzipien: zum einen dem Beklagtengerichtsstand, zum anderen der Autonomie der Parteien, den Gerichtsstand selbst zu bestimmen¹²⁹⁹. Dieses Wertesystem hat, präzisiert durch besondere Gerichtsstände, universellen Charakter¹³⁰⁰ und kann damit auch für andere IPR-Regeln die Grundlage bilden. Teilweise wird aber der Beklagtengerichtsstand kritisiert, da durch ihn die Parteirolle zum entscheidenden Faktor wird¹³⁰¹. Bei Streitigkeiten hänge der Ort der Verhandlung und damit auch das anwendbare Recht teilweise nur von der größeren Geduld ab. Jedoch ist die dahinter stehende Wertung - der Schutz des Schwächeren - ein allgemeines Gerechtigkeitskriterium des internationalen Privatrechts. In der Praxis wird zudem immer eine Partei ein größeres Interesse an

¹²⁹⁵ Höpping, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 114.

¹²⁹⁶ Kohler, Die Formung europäischen Kollisionsrechts durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: Reichelt (Hrsg.), Europäisches Kollisionsrecht, 15 (17).

¹²⁹⁷ Teil 4, B.I.2.b.bb.

¹²⁹⁸ Deshalb fordert Wagner, *RabelsZ* 2004, 119 (122) eine „Verschlankung“ der Brüssel II-VO.

¹²⁹⁹ Jayme, Der Gerechtigkeitsgehalt des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens, in: Reichelt (Hrsg.), Europäisches Kollisionsrecht, 33 (34).

¹³⁰⁰ Jayme, Der Gerechtigkeitsgehalt des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens, in: Reichelt (Hrsg.), Europäisches Kollisionsrecht, 33 (39).

¹³⁰¹ Vischer, Bemerkungen zum Verhältnis von internationaler Zuständigkeit und Kollisionsrecht, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), *Mélanges von Overbeck*, 349 (356).

der Klärung der Rechtsfrage haben. Als allgemeine objektive Regel ist aber keine sachgerechtere Anknüpfung als der Wohnsitz des Beklagten ersichtlich.

Das Kollisionsrecht und auch das internationale Verfahrensrecht sollten also weiterhin durch Materialisierung fortgebildet werden. Dies entspricht den Vorgaben der Gerechtigkeit in einem einheitlichen Rechtsraum, muss jedoch in einen Ausgleich mit den anderen Forderungen des Rechtsraumes gebracht werden. Im Rahmen des internationalen Verfahrensrechts handelt es sich dabei vor allem um die Gewährleistung eines einfachen Zugangs zum Recht.

3. Ergebnis

Grundlage für das internationale Privatrecht in einem einheitlichem Rechtsraum ist die Gewährleistung von Rechtssicherheit, Gerechtigkeit und des Zugangs zum Recht. Im Konkreten müssen Lösungen auf einem inhaltlich hohen Niveau gefunden werden, die nur dann ihren Ursprung in einzelstaatlichen Kodifikationen haben sollten, wenn sie von den Mitgliedstaaten überwiegend akzeptiert werden. Es ergibt sich insbesondere die Chance des Ausbaus der materiellen Gerechtigkeit im internationalen Privatrecht. Die Regelungen sollten flexibel sein, müssen aber den Anforderungen der Rechtssicherheit entsprechen. Im internationalen Verfahrensrecht muss das Ziel ein möglichst leichter Zugang zum Recht sein. Es muss aber eine Abwägung mit Gerechtigkeitskriterien und der Rechtssicherheit stattfinden.

II. Konkrete Leitlinien für spezielle international-privatrechtliche Fragen

Diese allgemeinen Leitlinien, die sich für die Realisierung des Binnenmarktes und des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ergeben, sollen nun exemplarisch anhand einiger spezieller international-privatrechtlicher Fragen erörtert werden. Hierbei werden die Vorgaben, die sich aus der Realisierung des Binnenmarktes und des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts für die Natur der Kollisionsnormen, die Anknüpfung - die Rechtswahl als Grundlage der Anknüpfung und der gewöhnliche Aufenthalt als objektives Kriterium - sowie für den ordre public ergeben, näher betrachtet.

1. Natur der Kollisionsnormen

a. Gesamt- oder Sachnormverweisungen

Das internationale Privatrecht kennt Gesamt- und Sachnormverweisungen. Während erstere auf das IPR des anderen Staates verweisen, berufen zweitere das Sachrecht.

Im innergemeinschaftlichen Kontext ist, wie bei jeder Vereinheitlichung, nur eine Sachnormverweisung zweckmäßig, denn der Ausschluss des nationalen Kollisionsrechts ergibt sich gerade aus der mit einem Anwendungsvorrang ausgestatteten Vereinheitlichung desselben und auf materieller Ebene aus dem damit verbundenen Ziel der Entscheidungsharmonie. Würden anstelle von Sachnormverweisungen Gesamtnormverweisungen erlassen und so auf mitgliedstaatliches Kollisionsrecht verwiesen¹³⁰², wäre dem Binnenmarktziel nicht Rechnung getragen, da es für die Wirtschaftsteilnehmer zu keiner Erleichterung des Rechtsverkehrs kommen würde.

Im Verhältnis zu Drittstaaten ergeben sich dagegen keine Vorgaben aus dem Binnenmarktziel bzw. aus dem Ziel der Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Wie erörtert, hat die Gemeinschaft zwar die Möglichkeit, auch dieses Verhältnis zu regeln. Diese Möglichkeit ergibt sich aber gerade aus der Prämisse der notwendigen gleichen Behandlung von Marktteilnehmern. Dies ist sowohl bei einer drittstaatliches IPR berufenden Gesamt- als auch bei einer die Sachnormen berufenden Sachnormverweisung der Fall. Dies gilt auch im Verhältnis zu Dänemark, dem Vereinigten Königreich und Irland. Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts führt im Vergleich zum Binnenmarkt zu einer Derogation des territorialen Anwendungsbereiches. Dänemark, das Vereinigte Königreich und Irland sind - insofern sie ihre opting-in-Möglichkeiten nicht wahrnehmen - wie Drittstaaten zu behandeln. Somit kann auch im Verhältnis zu diesen Staaten die gemeinschaftliche Kollisionsnorm durchaus als Gesamtverweisung angewendet werden. Dies entspricht dann zwar nicht mehr dem Binnenmarkterfordernis, da dieser durch den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts für diesen Regelungsgegenstand territorial eingeschränkt wird.

Es können aber andere von den hier zugrunde gelegten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben unabhängige Erwägungen für eine Sachnormverweisung auch im Verhältnis zu Drittstaaten sprechen. Würde man die Normen im Verhältnis zu diesen Staaten als Gesamtverweisungen ausgestalten, würde bei fehlendem Anwendungswillen der entsprechenden Rechte auf ein mitgliedstaatliches Sachrecht zurückverwiesen, und bei einer Annahme der Rückverweisung würde dem mitgliedstaatlichen Recht ein größerer Anwendungsbereich eröffnet. Die Ausgestaltung als Gesamtverweisung und die Anerkennung des Renvoi würde

¹³⁰² *Leible/Engel*, EuZW 2004, 7 (16), meinen, dass bei innerstaatlichen Sachverhalten die Gesamtnormverweisung deshalb bedeutungslos wäre, weil auf dasselbe vergemeinschaftete Kollisionsrecht verwiesen würde. Dem ist zuzustimmen, jedoch besteht die zumindest theoretische Möglichkeit, eine Verweisung auf das verbleibende nationale Kollisionsrecht anzunehmen.

damit zu einem gewissen „Heimwärtsstreben“ führen. Drittstaaten könnten sich gegenüber der Gemeinschaft im Nachteil und weniger anerkannt fühlen. Das gemeinschaftliche IPR würde sich als wenig weltoffen und misstrauisch gegenüber Drittstaatenrecht gebärden¹³⁰³. Das damit gesetzte politische Signal wäre fragwürdig. Darüber hinaus ist eine Gesamtverweisung dann nicht sinnvoll, wenn die Kollisionsnorm materiellrechtliche Wertungen trifft. Die erreichte gemeinsame Gerechtigkeitsvorstellung würde hier wieder hintergangen. So würde sie bei einer Rechtswahl der Intention der Parteien und bei Schutzinteressen in Kollisionsnormen diesem Ziel (Bsp.: Verbraucherschutz)¹³⁰⁴ widersprechen. Auch im Verhältnis zu Drittstaaten ist eine deshalb Sachnormverweisung vorzugswürdig.

b. Einseitige oder allseitige Kollisionsnormen

Die Kollisionsnormen sollten für innergemeinschaftliche Sachverhalte auch soweit wie möglich als allseitige Kollisionsnormen ausgestaltet werden. Einseitige Kollisionsnormen geben einem bestimmten Recht den Vorrang. Dies entspricht weder dem binnenmarktrechtlichen Leitbild der Gleichwertigkeit der Privatrechtsordnungen, noch der Entwicklung eines Rechtsraumes. Ein solcher einheitlicher Rechtsraum strebt eine gemeinsame Vorstellung von Recht an. Diese kann aber nicht durch die Bevorzugung eines Rechts erreicht werden. Bei Drittstaatsverhalten sind dagegen möglicherweise, aber in sehr engen Grenzen, einseitige Kollisionsnormen angemessen¹³⁰⁵, jedoch nur, wenn ein innergemeinschaftliches einheitliches Sachrecht besteht. Einseitige Kollisionsnormen sollten also nicht im Rahmen des Projektes der umfassenden Vereinheitlichung des IPR, sondern nur bei den auf spezielle Rechtsgrundlagen gestützten Akten verwendet werden.

2. Die Rechtswahl als maßgeblicher Anknüpfungspunkt

Wie bereits ausgeführt¹³⁰⁶, muss der Bürger durch die Anwendung der Kollisionsregel einfach ermitteln können, nach welchem Recht sich die Entscheidung über die Rechtsstreitigkeit bestimmt. Tragende Grundregel des IPR *Savigny'scher* Prägung ist hierbei das Anknüpfungsprinzip der engsten

¹³⁰³ *Staudinger*, ZfRV 2000, 93 (94); *Kühne*, Der Anwendungsbereich des Renvoi im Lichte der Entwicklung des IPR, in: Heldrich/Sonnenberger (Hrsg.), Festschrift für Ferid, 251 (253). *Siehr*, Rechtsangleichung im IPR durch nationale Kodifikationen, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), Mélanges von Overbeck, 205 (224), führt dazu aus: „... sich selbst in egoistischer Manier das letzte Wort gibt.“

¹³⁰⁴ *Kropholler*, Der Renvoi im vereinheitlichten Kollisionsrecht, in: Gottwald/Jayme/Schwab (Hrsg.), Festschrift für Henrich, 393 (394); *Schröder*, Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht, 148.

¹³⁰⁵ *Jayme*, Internationales Privatrecht und Europäischer Binnenmarkt, in: Ein internationales Privatrecht für Europa, 25 (28).

¹³⁰⁶ Teil 4, B.II.2.b.cc.

Verbindung¹³⁰⁷, welche wie bereits ausgeführt, nicht mehr neutral ist, sondern unter Berücksichtigung materieller und international-privatrechtlicher Gerechtigkeitskriterien, mithin Partei-, Verkehrs- und Ordnungsinteressen, präzisiert wird. Wie ebenfalls bereits dargestellt, sollten die Anknüpfungskriterien zur Realisierung der Rechtssicherheit klar festgelegt und nicht generell dem Richter nach Abwägung der gesamten Umstände des Einzelfalls belassen werden¹³⁰⁸.

Grundlage einer solchen Anknüpfung kann das Rechtswahlprinzip bilden, bei dessen Anwendung die betroffenen Parteien zweifellos Sicherheit über das anwendbare Recht haben und durch das bei Dauerrechtsbeziehungen kontinuierlich dasselbe Recht Anwendung findet¹³⁰⁹. Hierdurch wird zwar keine abstrakte Einheitlichkeit¹³¹⁰, wohl aber eine Einheitlichkeit für einen bestimmten Sachverhalt garantiert, denn dieser wird in jedem Mitgliedstaat nach demselben Recht entschieden. Dieses Prinzip ist bereits eine der Leitlinien des geltenden Rechts und bildet beispielsweise die Grundlage im internationalen Vertragsrecht, da das EVÜ in Art. 3, 4 Abs. 1 S. 1 1.HS eindeutig primär an das von den Parteien gewählte Recht anknüpft. Sie kann in diesem Zusammenhang als Verlängerung der Vertragsfreiheit in das Kollisionsrecht betrachtet werden¹³¹¹. Auch das Ehegüterrecht stützt sich vielfach auf dieses Prinzip¹³¹². Im Recht der außervertraglichen Schuldverhältnisse ist eine nachträgliche Rechtswahl möglich¹³¹³. Eine weitere Ausweitung im internationalen Delikts- und Sachenrecht sowie im Personen-, Ehe- und Erbrecht wurde vorgeschlagen¹³¹⁴ und auf nationaler Ebene auch teilweise durchgesetzt¹³¹⁵. Dieser beginnende

¹³⁰⁷ von Savigny, Das heutige System des römischen Rechts, Bd. 8, 8 ff.; Kropholler, IPR § 4 II 1 a.

¹³⁰⁸ Dopffel/Siehr, RabelsZ 1980, 344 (344).

¹³⁰⁹ Gamillscheg, RIW 1979, 225 (227); Einsele, RabelsZ 1996, 417 (418); von Wilmsky, RabelsZ 1998, 1 (4).

¹³¹⁰ Juenger, The Problem with Private International Law, in: Basedow u.a. (Hrsg.), Liber Amicorum Siehr, 289 (303).

¹³¹¹ von Bar, IPR II, Rdnr. 415.

¹³¹² Beispielsweise: Art. 15 Abs. 2 EGBGB aber auch in den nationalen IPR Frankreichs, Belgiens und Großbritanniens. Dazu: Siehr, Rechtsangleichung im IPR durch nationale Kodifikationen, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), Mélanges von Overbeck, 205 (213); Schröder, Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht, 137.

¹³¹³ Bsp.: Art. 42 EGBGB in Deutschland: „Nach Eintritt des Ereignisses, durch das ein außervertragliches Schuldverhältnis entstanden ist, können die Vertragsparteien das Recht wählen, dem es unterliegen soll.“ Auch Art. 10 des Vorschlages für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (KOM [2003] 427 endg.) enthält die Möglichkeit der nachträglichen Rechtswahl. Kritisch dazu und für eine vorherige Rechtswahl: Leible/Engel 2004, 7 (15).

¹³¹⁴ Dopffel/Siehr, RabelsZ 1980, 344 (347); Hahn, The legal protection of the family in matters of succession – Initial results of the study in private international law on succession and wills at the request of the Commission, in: Council of Europe, 6th European conference on family law, 14 and 15 October 2002, Strasbourg – Proceedings CONF/FAMN (2002) PRO), 4.

¹³¹⁵ Beispielsweise in Spanien: Art. 9 Abs. 2 S. 1 HS. 2 Código Civil i.d.F. Ley 11/1990 vom 15.10.1990, Nachweis bei: von Bar/Mankowski, in: Staudinger, Kommentar Art. 13-18 EGBGB, Art. 14, Rdnr.114. Im deutschen IPR eingeschränkt auch bei allgemeinen Ehwirkungen (Art. 14 Abs. 2, 3 EGBGB) und beim Erbrecht (Art. 25 Abs. 2 EGBGB). Näher: Einsele, RabelsZ 1996, 417 (424 ff.).

Siegeszug der Rechtswahl kann nicht mit einer „Anknüpfungsverlegenheit des Gesetzgebers“ begründet werden, der sich wegen einer Vielzahl von Interessen nicht für eine einzelne objektive Anknüpfung entscheiden könne¹³¹⁶, sondern damit, dass die Rechtswahl vor allem den neuen Anforderungen und Entwicklungen entspricht. Insbesondere die Vorgaben des Binnenmarktes und auch des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts werden im besonderen Maße erfüllt.

a. Erfüllung der Voraussetzungen des Binnenmarktes

Durch die Möglichkeit einer Rechtswahl wird den Anforderungen des Binnenmarktes in außerordentlicher Weise Rechnung getragen. Dem widerspricht nicht, dass sich die Rechtswahl als Kollisionsnorm nicht unmittelbar aus den Grundfreiheiten ergibt¹³¹⁷, denn hier steht nicht die unmittelbare Anwendbarkeit in Frage, sondern die der Durchführung einer positiven Vereinheitlichung. Die Rechtswahl trägt insbesondere der freiheitlichen Komponente Rechnung. Der Hoheitsträger greift in der geringstmöglichen Art und Weise in den Waren- und Personenverkehr ein. Unternehmen, die grenzüberschreitend tätig sind, müssen sich bei der Ausgestaltung der Verträge nicht auf sämtliche mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einstellen¹³¹⁸. Bei längerfristigen Geschäftsbeziehungen können alle Ansprüche demselben Recht unterstellt werden¹³¹⁹. Bei Formerfordernissen herrscht eine größere Flexibilität. Die Transaktionskosten werden somit gesenkt und der Binnenmarkt gefördert.

b. Erfüllung der Voraussetzungen des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Die Freiheit in diesem Sinne ist auch Teil des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts¹³²⁰. Der Bürger soll sich frei entfalten können, ihm soll soweit wie möglich die Freiheit zur Regelung seiner Angelegenheiten gelassen werden. Den Parteien wird durch die Möglichkeit der Rechtswahl die Selbstgestaltung ihrer Aufgaben überlassen. Sie können sich so beispielsweise die Rechtsordnung wählen, mit der sie am besten vertraut sind oder über die sie sich ohne größeren Aufwand informieren können. Es besteht zudem eine größtmögliche Richtigkeitschance, denn nicht abstrakte objektive, sondern subjektive Interessen der Parteien bestimmen, was richtig, was gerecht ist. Damit wird zudem sowohl

¹³¹⁶ So aber: *Schröder*, Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht, 98.

¹³¹⁷ Siehe Teil 2, B.I. 2.c.cc.

¹³¹⁸ *von Wilmowsky*, *RabelsZ* 1998, 1 (4); *Weber*, *RabelsZ* 1980, 510 (510).

¹³¹⁹ *Weber*, *RabelsZ* 1980, 510 (512).

¹³²⁰ Siehe Teil 1, C.II.2.a.aa.(2).

die international-privatrechtliche, als auch die materiellrechtliche Gerechtigkeit realisiert. Eine vorherige Rechtswahl trägt ferner dem Gedanken der Rechtssicherheit Rechnung. Auch eine nachträgliche Bestimmung durch die Parteien widerspricht dem nicht, da beide Parteien an der Rechtswahlvereinbarung beteiligt sind.

c. Einschränkungen der Rechtswahl

Auch wenn die Vorgaben grundsätzlich durch die Rechtswahl realisiert werden können, müssen aber gerade auch zu ihrer Verwirklichung bestimmte Einschränkungen getroffen werden. Eine Grenze für die Rechtswahlmöglichkeit muss zum einen dort gezogen werden, wo der Sachverhalt effektiv nur mit einem Recht verbunden ist¹³²¹, da sonst eine hohe Gefahr der Umgehung zwingender nationaler Regelungen besteht. Zum anderen ist die Rechtswahlmöglichkeit aus Gerechtigkeitsgründen einzuschränken, wo der Missbrauch zuungunsten einer schwächeren¹³²² oder unbeteiligten dritten Partei verhindert werden muss. Der Gesetzgeber hat in diesen Fällen eine Schutzpflicht. Der Schutz individueller Berechtigungen ist eine Funktion des Rechts¹³²³. Er entspricht den Gerechtigkeitsvorstellungen der europäischen Bürger, wobei festzustellen ist, dass gerade diese Gerechtigkeitsvorstellungen bereits durch die Gemeinschaft selbst, wenn nicht entwickelt, so doch jedenfalls vertieft wurden¹³²⁴. Darüber hinaus entspricht nur eine auf individueller Selbstbestimmung beruhende Rechtswahlfreiheit wirklich dem Binnenmarktgedanken. Diese liegt aber nur vor, wenn Ungleichgewichtslagen verhindert werden¹³²⁵. Der Gesetzgeber muss hier einen Ausgleich zwischen Freiheit und Bindung finden¹³²⁶.

Aus dieser ratio ergeben sich auch zwei Grenzen der Einschränkung: Die Rechtswahl muss auch gegenüber einem Dritten gelten, wenn das gewählte Recht für diesen günstiger ist, als das durch eine objektive Anknüpfung zur Anwendung berufene Recht, und die geschützte Partei muss die Rechtswahl weiterhin gegen sich gelten lassen, wenn sie dies bei Kenntnis aller Umstände selbst entscheidet. Eine Beschränkung auf Sachbereiche, in denen eine vorherige Mindestharmonisierung durchgeführt wurde, um einem möglichen race to the bottom entgegenzuwirken¹³²⁷, ist dagegen nicht zu empfehlen, da eine solche

¹³²¹ von Hein, *RebelsZ* 2000, 595 (612). So auch: Art. 10 des Vorschlages für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (KOM [2003] 427 endg.).

¹³²² Zum Beispiel im Verbraucher- und Arbeitsrecht. Dazu: *Gamillscheg*, *RIW* 1979, 225 (226).

¹³²³ *Rüthers*, *Rechtstheorie*, Rdnr. 81, 85 f.

¹³²⁴ Dies gilt besonders im Verbraucherrecht durch zahlreiche verbraucherschützende Richtlinien.

¹³²⁵ Ausführliche Analyse zur Vertragsfreiheit: *Büßer*, *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers*, 79 ff.

¹³²⁶ *Schröder*, *Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht*, 103.

¹³²⁷ So aber: *Koenig/Braun/Capito*, *EWS* 1999, 401 (406).

Kompetenz für die Gemeinschaft in vielen Bereichen gar nicht besteht und die Kollisionsrechtsvereinheitlichung gerade als Vorstufe der Sachrechtsvereinheitlichung Bedeutung erlangen soll. Die Parteien werden vielmehr ermutigt, den Wettbewerb zu nutzen¹³²⁸.

3. Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt als konkretes objektives Anknüpfungsmoment

Neben dem Grundsatz der Rechtswahl als Hauptanknüpfung muss für den Fall, dass eine solche nicht stattgefunden hat, eine subsidiäre objektive Anknüpfung zur Verfügung stehen. Grundlage dieser objektiven Anknüpfung bilden konkrete, auf dem Prinzip der engsten Verbindung beruhende Anknüpfungspunkte. Als solche sind je nach Statut beispielsweise die Staatsangehörigkeit, der gewöhnliche Aufenthalt, der Vornahmeort oder der Ort der Belegenheit der Sache denkbar. Diese bewährten Anknüpfungsmomente führen zu einer großen Rechtssicherheit und entsprechen durchaus auch den international-privatrechtlichen Gerechtigkeitskriterien.

Die Auswahl der Anknüpfungsmomente muss in der Art und Weise stattfinden, dass der Binnenmarkt und der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in optimaler Art und Weise realisiert werden. Hierbei kann sich insbesondere die Frage stellen, ob vorrangig an die Staatsangehörigkeit oder an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft werden soll.

Auch wenn die bloße Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit im Rahmen einer allseitigen Kollisionsnorm keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darstellt¹³²⁹, muss doch gefragt werden, inwiefern diese eng mit dem Souveränitätsdenken des 19. Jahrhunderts verknüpfte Anknüpfung noch zeitgemäß ist. Sie hat den Vorzug der schnelleren und sichereren Durchsetzung, sie ist stabiler, in geringerem Maße manipulierbar und hat weniger Bedeutungsfacetten¹³³⁰. Grundlegendes Prinzip aller Anknüpfungen ist aber die engste Verbindung, also die Beziehung zur Umwelt. In einem Europa der Personenverkehrsfreiheiten besteht eine solche engste Verbindung seltener zum Heimatstaat als zum Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes¹³³¹. Darunter ist der Ort

¹³²⁸ Basedow, CMLR 1996, 1169 (1185).

¹³²⁹ Siehe Teil 2, B.I.2.a.cc.(2)(bb).

¹³³⁰ BT-Drs. 10/504, 31; *Dopffel/Siehr*, *RabelsZ* 1980, 344 (345); *Juenger*, *The Problem with Private International Law*, in: Basedow u.a. (Hrsg.), *Liber Amicorum Siehr*, 289 (290); *von Hoffmann*, *Internationales Privatrecht*, 175 ff.

¹³³¹ So wohl auch: *Fischer*, *RabelsZ* 1998, 136 (137); *Junker*, *Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht im Zugriff der Europäischen Union*, in: Coester/Martiny/Prinz von Sachsen Gessaphe (Hrsg.), *Festschrift für Sonnenberger*, 417 (430).

zu verstehen, in dem eine Person ihren Lebensmittelpunkt hat¹³³². Das Anpassungsinteresse überwiegt in vielen Materien das Kontinuitätsinteresse. Dem sollte Rechnung getragen werden, indem die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt durch die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ersetzt wird¹³³³. Dies kann für die Integration nur förderlich sein¹³³⁴.

Der Nachteil des gewöhnlichen Aufenthaltsortes liegt in der schwierigen Feststellung des Lebensmittelpunktes. Es kann nicht auf eine rechtliche Gegebenheit, sondern es muss auf tatsächliche Fakten abgestellt werden. Diese sind zum einen schwerer ermittelbar, zum anderen beruht die aus diesen tatsächlichen Fakten gezogene Schlussfolgerung auf einer Wertung. Für diese Wertung sind die Dauer und die Art des Aufenthaltes heranzuziehen, wobei die konkreten Anforderungen umstritten sind¹³³⁵. Der gewöhnliche Aufenthalt entspricht aber, aufgrund dieser gerade auch zu diesen Nachteilen führenden Flexibilität, den Binnenmarkterfordernissen in einem höheren Maße, als die Staatsangehörigkeit. Die Freizügigkeit und Eingliederung wird erleichtert. Um bei einer Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt eine tatsächliche Einheit zu gewährleisten, müssen Leitlinien für seine genaue Bestimmung entwickelt werden. Ein Kompromiss könnte darin liegen, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt nur dann herangezogen wird, wenn er schon drei Jahre gedauert hat¹³³⁶.

Durch eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt würde auch das unleidige Problem der Doppelstaatsangehörigkeit gelöst. Art. 5 EGBGB knüpft in diesem Fall schon jetzt an die effektive Staatsangehörigkeit an, die insbesondere durch den gewöhnlichen Aufenthalt bestimmt wird. Anderes gilt im deutschen Recht für Deutsch-Ausländer, die immer nach deutschem Recht zu behandeln sind. Diese Regelung kann durchaus diskriminierend wirken¹³³⁷ und ist deshalb von vornherein abzulehnen.

Vorzugswürdiger als die alleinige Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ist auch nicht eine Alternativanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt und an die Staatsangehörigkeit. Dies wurde zwar bereits im Rahmen der Brüssel II-VO realisiert. Während Art. 2 Abs. 1 lit. a auf den gewöhnlichen Aufenthalt abstellt, knüpft Art. 2 Abs. 1 lit. b an die Staatsangehörigkeit an. Im internationalen

¹³³² von Hoffmann, Internationales Privatrecht, 193, Rdnr. 73.

¹³³³ So auch: Pirrung, Zugang zum Recht in der Europäischen Union, in: Barret (Hrsg.), Creating a European Judicial Space, 35 (40). Für das Deliktsrecht: Kropholler, *RabelsZ* 1969, 601 (617).

¹³³⁴ Zweigert, *RabelsZ* 1973, 435 (443).

¹³³⁵ von Hoffmann, Internationales Privatrecht, 194, Rdnr. 77.

¹³³⁶ Henrich schlägt sogar fünf Jahre vor, Henrich, Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip?, in: Hohloch (Hrsg.), *Festschrift für Stoll*, 437 (438).

¹³³⁷ Teil 2, B.I.2.a.cc.(2)(c).

Verfahrensrecht ist das auch durchaus sachgerecht. Dadurch werden viele Gerichtsstände geschaffen und der Zugang zum Recht erleichtert. Sowohl dem Binnenmarkt, als auch dem Rechtsraum wird also Rechnung getragen. Im Kollisionsrecht würden durch eine solche Alternativanknüpfung mehrere Rechtsordnungen berufen und der Rechtsanwender könnte die maßgebliche Rechtsordnung bestimmen. Dieser Bestimmung wird jedoch oft eine Ergebnisbetrachtung zugrunde liegen. Die Frage der Anwendung des sachnächsten Rechts wird damit durch eine Ergebnisbetrachtung überlagert. Darüber hinaus leidet die Rechtssicherheit. Im Kollisionsrecht entspricht eine alternative Heranziehung nicht zwingend dem Binnenmarkt- und dem Rechtsraumgedanken.

Der generelle Vorzug des gewöhnlichen Aufenthaltes entbindet aber nicht von der Notwendigkeit einer genauen Betrachtung der einzelnen Statuten. In manchen Materien (Bsp.: Familienrecht) kann durchaus das Kontinuitätsinteresse das Anpassungsinteresse überwiegen. Es ist jedoch festzustellen, dass auch in diesen Gebieten schon die Bereitschaft besteht, von der Staatsangehörigkeit auf den gewöhnlichen Aufenthalt überzugehen. Dies ist schon bei Art. 14 EGBGB ersichtlich¹³³⁸. In anderen familienrechtlichen Materien, wie beispielsweise dem Unterhaltsrecht, überwiegt sogar der Integrationsgedanke. Maßgeblich für die Bestimmung der Höhe muss hier der Ort des Aufenthaltes des Unterhaltsberechtigten sein¹³³⁹.

4. Ordre Public

Eine ordre public-Klausel gehört zum Bestand sowohl jeder mitgliedstaatlichen nationalen und vieler völkerrechtlicher IPR-Kodifikationen als auch der international-verfahrensrechtlichen Anerkennungsbestimmungen¹³⁴⁰. Der kollisionsrechtliche ordre public verhindert die Anwendung der von der inländischen Kollisionsnorm berufenen ausländischen Rechtsordnung¹³⁴¹, erfordert aber zur Anwendung eine gewisse Nähebeziehung zum Gerichtsstaat. Der anerkennungsrechtliche ordre public kann die Beachtlichkeit einer ausländischen Entscheidung im Inland in Frage stellen. Inhalt beider Regelungen ist die Durchsetzung grundlegender Gerechtigkeits- und Ordnungsvorstellungen

¹³³⁸ von Bar, IPR I, Rdnr. 550.

¹³³⁹ Henrich, Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip?, in: Hohloch (Hrsg.), Festschrift für Stoll, 437 (438).

¹³⁴⁰ Martiny, Gemeinschaftsrecht, ordre public, zwingende Bestimmungen und Exklusivnormen, in: von Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 211 (220); ders., Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. III/1, Rdnr. 963; von Bar, IPR I, Rdnr. 631. Bsp.: Art. 16 EVÜ: Die Anwendung einer Norm des nach diesem Übereinkommen bezeichneten Rechts kann nur versagt werden, wenn dies offensichtlich mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts unvereinbar ist.

¹³⁴¹ Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, Rdnr. 24.

sowie staatspolitischer Zielsetzungen des Forumstaates¹³⁴². Die allgemeine Anerkennung solcher Klauseln bedeutet aber nicht, dass die Legitimität im innergemeinschaftlichen Kontext, insbesondere nach der Einführung des Ziels der Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht hinterfragt werden darf¹³⁴³. Die Rechtsstandards und Grundprinzipien in dieser Wertegemeinschaft haben sich in beachtlichem Maße angeglichen bzw. es ist ja gerade Teil des Rechtsraumes, in allen Mitgliedstaaten eine einheitliche Vorstellung von Recht und Gerechtigkeit zu entwickeln. Folglich muss erörtert werden, inwiefern ein solcher Vorbehalt zugunsten bestimmter nationaler Rechte noch notwendig bzw. aufgrund der fortschreitenden Integration überhaupt möglich ist. Der Verzicht auf den Vorbehalt in der neuen Verordnung auf dem Gebiet des Zustellungsrechts zeigt, dass auch die Gemeinschaft von diesem Vorbehalt abrückt¹³⁴⁴. Auch die Brüssel IIa-Verordnung enthält bezüglich des Umgangsrechtes und der Rückgabe des Kindes keine ordre public-Klausel mehr. Hinsichtlich der Anerkennung der Entscheidungen über eine Ehescheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder Ungültigerklärung einer Ehe und der elterlichen Verantwortung ist dagegen ein ordre public in Art. 22 lit. a, 23 lit. a geregelt. Die Kontrolle anhand dieser Klausel findet jedoch nicht mehr ipso iure statt, sondern ein Verstoß muss erst durch die Parteien im Rechtsbehelfsverfahren geltend gemacht werden (Art. 14 Abs. 3 Brüssel II-VO; Art. 21 Abs. 3 Brüssel IIa-VO). Die EuGVVO enthält ebenfalls noch immer einen ordre public-Vorbehalt (Art. 34 Nr. 1 EuGVVO), doch nunmehr in ähnlicher modifizierter verfahrensrechtlicher Ausgestaltung (Art. 34 Abs. 1, Art. 33 Abs. 2 EuGVVO).

Im Rahmen dieser Untersuchung zur Beibehaltung und Ausgestaltung des ordre public im Binnenmarkt und im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts müssen zwei Situationen unterschieden werden. Zum einen der Fall, dass ein einheitliches gemeinschaftsrechtliches Sachrecht besteht, zum anderen der Fall des unvereinheitlichten materiellen und prozessualen Rechts.

¹³⁴² *Marx*, Der verfahrensrechtliche ordre public bei der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland, 12; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rdnr. 25; *Martiny*, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. III/1, Rdnr. 992.

¹³⁴³ Für einen Verzicht auf den ordre public innerhalb der Gemeinschaft: *Raum/Lindner*, NJW 1999, 465 (470); *Kreuzer*, Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 373 (446 f.); *Leipold*, Neuere Erkenntnisse des EuGH und des BGH zum anerkennungsrechtlichen ordre public, in: Hohloch (Hrsg.), Festschrift für Stoll, 625 (645). A.A.: *Heß*, JZ 2001, 573 (582); *Wagner*, IPRax 2002, 75 (91); *Stolz*, JuS 2002, 541 (544); *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, Art. 27, Rdnr. 2.

¹³⁴⁴ In diesen Materien ist dies auch weniger problematisch, da kaum Fälle denkbar sind, in denen gerade die Zustellung oder die Beweiserhebung ordre public-widrig sind. So auch: *Stadler*, IPRax 2001, 514 (519).

a. Einheitliches Sachrecht

Die innergemeinschaftliche Bedeutung nationaler ordre public-Vorbehalte und auch des gemeineuropäischen ordre public entfällt jedenfalls dann, wenn das Sachrecht vereinheitlicht ist¹³⁴⁵. Gleiches gilt bei lediglich harmonisiertem Recht. Auch wenn hier die mitgliedstaatlichen Normen nicht wörtlich übereinstimmen, so ist dies doch für deren Zweck festzustellen, so dass ebenso wie bei vereinheitlichtem Recht für unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen kein Raum mehr bleibt¹³⁴⁶. Sowohl der Rechtsraum, als auch der Binnenmarkt stehen hier also der Prüfung der Entscheidung anhand einer ordre public-Klausel entgegen. Wie bereits erläutert, liegt aber ein einheitliches oder harmonisiertes Sachrecht bisher nur in wenigen Bereichen vor¹³⁴⁷.

b. Kein einheitliches Sachrecht

Im Rahmen der noch nicht angeglichenen privatrechtlichen Materien sind auch die Gerechtigkeitsvorstellungen noch nicht positiv angeglichen worden, so dass der ordre public seine Funktion weiterhin wahrnehmen könnte. Der anerkennungsrechtliche und der kollisionsrechtliche ordre public sollen an dieser Stelle separat betrachtet werden, da sowohl das Anwendungsfeld als auch der Prüfungsmaßstab nach allgemeiner Meinung andere sind.

aa. Anerkennungsrechtlicher ordre public

Das Anwendungsfeld des anerkennungsrechtlichen ordre public ist größer als das des kollisionsrechtlichen, da neben dem Inhalt der Entscheidung (materiellrechtlicher ordre public)¹³⁴⁸ auch das der Entscheidung vorausgegangene Verfahren und die Urteilsfindung (verfahrensrechtlicher ordre public)¹³⁴⁹ Prüfungsgegenstand sind. Im Rahmen der Intensität der Prüfung wird aber großzügig verfahren (effet atténué de l'ordre public), denn hinkende Rechtsverhältnisse sind zu vermeiden und das Rechtsverhältnis ist im Ursprungsstaat schon verwirklicht worden. Zudem sind die Anerkennungsrichter in die Sache weniger involviert als die Richter, die den Rechtsstreit entschieden haben¹³⁵⁰. Die Parteien sollen dazu angehalten werden, ihre Rügen schon im

¹³⁴⁵ So für das Exequaturverfahren: *Heß*, IPRax 2001, 389 (391).

¹³⁴⁶ *Sonnenberger*, ZVglRWiss 1996, 3 (43); *ders.*, in: Münchner Kommentar, Einleitung IPR, Rdnr. 189.

¹³⁴⁷ Siehe Teil 3, A.I.2.a.bb.

¹³⁴⁸ *Martiny*, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. III/1, Rdnr. 1016.

¹³⁴⁹ *Martiny*, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. III/1, Rdnr. 1012.

¹³⁵⁰ *Bruns*, JZ 1999, 278 (279); *Roth*, JZ 1999, 1117 (1119); *Martiny*, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. III/1, Rdnr. 1014; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rdnr. 27 ff.; *Sonnenberger*, Münchener Kommentar, Bd. 10, Art. 6 EGBGB, Rdnr. 22.

Erstverfahren geltend zu machen¹³⁵¹. Dieser eingeschränkte Prüfungsmaßstab erklärt auch, warum der BGH innerhalb von mehr als 30 Jahren erst dreimal eine Anerkennung aufgrund eines Verstoßes gegen die *ordre public*-Klausel des EuGVÜ abgelehnt hat¹³⁵². Und auch diese Entscheidungen waren in der Literatur keineswegs unumstritten¹³⁵³. In anderen Staaten wurde der *ordre public*-Vorbehalt gleichfalls streng interpretiert und eine Entscheidung aus diesen Gründen nur selten verworfen¹³⁵⁴.

Aus diesen Gründen erstaunt es nicht, dass die Kommission bei ihrem Vorschlag für die EuGVVO im Rahmen der Anerkennung zunächst ganz auf einen *ordre public*-Vorbehalt verzichtet hat¹³⁵⁵. Sie begründete dies mit einer Schiefelage zwischen Urteilsanerkennung und fortgeschrittener materieller Integration¹³⁵⁶. Auch von wissenschaftlicher Seite wird dies vertreten¹³⁵⁷, teils aber auch entschieden abgelehnt¹³⁵⁸. Diese Zurückweisung wird begründet mit dem hoheitlichen Charakter von Urteilen und dem Respekt fremder Gebietshoheit¹³⁵⁹.

Die Notwendigkeit der Anerkennung stört den freien Waren- und Personenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten. Bevor ein Wirtschaftsteilnehmer seine Forderung in einem anderen Mitgliedstaat vollstrecken kann, muss die Entscheidung anerkannt und am *ordre public*-Vorbehalt kontrolliert werden. Durch diese Zwischenstufe kommt es zu Zeitverzögerungen, die bei zwischenzeitlicher Insolvenz des Schuldners unter Umständen zur Undurchsetzbarkeit der Forderung führen können. Durch die verfahrensrechtliche Änderung in der EuGVVO im Vergleich zum EuGVÜ wurde dem Binnenmarkt schon Rechnung getragen, da die Kontrolle nicht mehr automatisch, sondern im Rechtsmittelverfahren stattfindet¹³⁶⁰. Eine *ordre public*-Kontrolle anhand nationaler Vorschriften trägt aber auch nicht zur Entwicklung gemeinsamer Gerechtigkeitsvorstellungen und damit zum einheitlichen Rechtsraum bei, da sich

¹³⁵¹ *Jayme*, Nationaler *ordre public* und europäische Integration, 8.

¹³⁵² BGH, IPRax 1987, 236; BGHZ 123, 268; BGH, EuZW 1999, 26. Ablehnung dagegen beispielsweise für die Bürgenhaftung: BGH, JR 1999, 371 mit Anm. *Staudinger*.

¹³⁵³ Dazu: *Basedow*, IPRax 1994, 85 (85 f.); *Stadler*, Die Revision des Brüsseler und Luganer Übereinkommens, in: Gottwald (Hrsg.), Revision des EuGVÜ, 37 (44).

¹³⁵⁴ *Staudinger*, JR 1999, 373 (375). Der Hoge Raad hat beispielsweise die Entscheidung eines belgischen Gerichts anerkannt, obwohl der Beklagte infolge der Verurteilung der niederländischen Sozialversicherung anheim fiel, vgl.: *Stadler*, Die Revision des Brüsseler und Luganer Übereinkommens, in: Gottwald (Hrsg.), Revision des EuGVÜ, 37 (44, Fn. 14).

¹³⁵⁵ Art. 37 lit. a, ABl. EG 1998 Nr. C 33 9 (20).

¹³⁵⁶ ABl. EG 1997, Nr. C 33, 3.

¹³⁵⁷ *Raum/Lindner*, NJW 1999, 465 (470); *Leipold*, Neuere Erkenntnisse des EuGH und des BGH zum anerkennungsrechtlichen *ordre public*, in: Hohloch (Hrsg.), Festschrift für Stoll, 625 (645).

¹³⁵⁸ *Wagner*, IPRax 1998, 241 (244); *Staudinger*, JR 1999, 373 (375); *Schack*, ZEuP 1999, 805 (807): „...muss am Sachverstand der Brüsseler Technokraten gezweifelt werden.“

¹³⁵⁹ *Bruns*, JZ 1999, 278 (279).

¹³⁶⁰ Ebenso aber dennoch kritisch: *Stoppenbrink*, ERPL 2002, 641 (660).

immer bestimmte nationale Wertungen durchsetzen. Dieser Nachteil kann auch nicht durch verfahrensrechtliche Änderungen beseitigt werden. Die Lösung hierfür liegt vielmehr in einem „gemeineuropäischen ordre public“.

(1) Entwicklung eines „gemeineuropäischen ordre public“

Ein „gemeineuropäischer ordre public“ stützt sich auf gemeinsame Werte, die durch keinen Staat verletzt werden dürfen. Die Werte müssen bestimmt werden. Hinweise hierauf ergeben sich aus der Rechtsprechung des EuGH. Dieser hat zunächst nur Grenzen gezogen, in zwei Urteilen aber positive Konkretisierungen vorgenommen.

(a) Das Krombach/Bamberski-Urteil

Erste Ansätze zur Bestimmung solcher gemeinsamer Werte sind im Urteil Krombach/Bamberski¹³⁶¹ ersichtlich. Der EuGH entschied hier aufgrund einer Vorlage des BGH gemäß dem „Protokoll vom 3. Juni 1971 betreffend die Auslegung des EuGVÜ“¹³⁶² über die Auslegung von Art. 27 EuGVÜ (ordre public-Vorbehalt). Der BGH fragte u.a., ob das Gericht des Vollstreckungsstaates im Rahmen des ordre public i.S.v. Art. 27 Nr. 1 des Übereinkommens berücksichtigen darf, dass das Strafgericht des Ursprungsstaates (Frankreich) die Verteidigung des Schuldners in einem zivilrechtlichen Adhäsionsverfahren zurückgewiesen hat, weil der in einem anderen Vertragsstaat wohnhafte und wegen einer vorsätzlichen Straftat angeklagte Beklagte nicht persönlich erschienen war¹³⁶³. Die Zurückweisung der Teilnahme der Anwälte durch das französische Schwurgericht beruhte auf Art. 627 CPP, wonach eine anwaltliche Vertretung dann nicht möglich ist, wenn der Angeklagte sich nicht gestellt hat. Die Verurteilung erfolgt in einem solchen Fall allein nach Aktenlage regelmäßig zur Höchststrafe.

Der Gerichtshof führte an, dass der ordre public-Vorbehalt wegen des Zwecks der Gewährleistung der Freizügigkeit der Urteile eng auszulegen sei¹³⁶⁴. Er stellte das EuGVÜ in Zusammenhang mit dem Gemeinschaftsrecht. Zu diesem gehörten auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und damit die Grundrechte, bei deren Entwicklung sich der EuGH von den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und den Hinweisen leiten lässt, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben (u.a. die EMRK)¹³⁶⁵. Hierzu zähle ausdrücklich

¹³⁶¹ EuGH, Rs. C-7/98, Urt. v. 28.3.2000 - Krombach - Slg. 2000, I-1935.

¹³⁶² Jayme/ Hausmann (Hrsg.), Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Nr. 151.

¹³⁶³ EuGH, Rs. C-7/98, Urt. v. 28.3.2000 - Krombach - Slg. 2000, I-1935 (1963).

¹³⁶⁴ EuGH, Rs. C-7/98, Urt. v. 28.3.2000 - Krombach - Slg. 2000, I-1935 (1965, Rdnr. 21).

¹³⁶⁵ EuGH, Rs. C-7/98, Urt. v. 28.3.2000 - Krombach - Slg. 2000, I-1935 (1965, Rdnr. 24 f.).

der Grundsatz, dass jedermann Anspruch auf einen fairen Prozess hat¹³⁶⁶. Der EuGH bezieht sich sodann auf die Rechtsprechung des EuGMR, der als grundlegendes Merkmal eines fairen Prozesses das Recht des Angeklagten statuiert hat, sich von einem ihm erforderlichenfalls von Amts wegen beizuordnenden Rechtsanwalt tatsächlich verteidigen zu lassen¹³⁶⁷.

Durch dieses Urteil hat der EuGH den ersten Schritt von der bloßen Bestimmung der Grenzen des *ordre public* hin zu einer positiven Konkretisierung des anerkennungsrechtlichen gemeineuropäischen *ordre public* getan¹³⁶⁸. Er hat den Begriff des *ordre public* eindeutig, wenn natürlich auch beschränkt auf die Entscheidung, mit Inhalt gefüllt, als er auf die Notwendigkeit der Gewährleistung der Grundrechte abstellte.

(b) Das Renault/Maxicar-Urteil

Fortgesetzt wurde diese neue Linie im Urteil Renault/Maxicar¹³⁶⁹. Ein italienisches Gericht hatte hier die Frage vorgelegt, ob eine Entscheidung eines französischen Gerichts, das mit EG-Primärrecht nicht vereinbar war, nach Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ anzuerkennen sei. Der EuGH stellte zwar zunächst - im Gegensatz zum Generalanwalt¹³⁷⁰ - fest, dass die Vertragsstaaten selbst festlegen könnten, welche Anforderungen sich aus ihrer nationalen öffentlichen Ordnung ergeben würden und er selbst nur über die Grenzen wachen würde¹³⁷¹. Er prüfte dann aber ganz konkret einen Verstoß gegen grundlegende Rechtsvorstellungen und stellt abschließend fest, dass ein solcher durch die Verletzung der Grundfreiheiten nicht vorliegen würde¹³⁷².

(c) Folgerung

Diese Rechtsprechung weist die Richtung zu einer Europäisierung des verfahrensrechtlichen *ordre public*¹³⁷³. In deren Weiterentwicklung wird für

¹³⁶⁶ EuGH, Rs. C-7/98, Urt. v. 28.3.2000 - Krombach - Slg. 2000, I-1935 (1966, Rdnr. 27).

¹³⁶⁷ EuGH, Rs. C-7/98, Urt. v. 28.3.2000 - Krombach - Slg. 2000, I-1935 (1966, Rdnr. 39).

¹³⁶⁸ Geimer, ZIP 2000, 863 (863): „*ordre public européen*“; Stolz, JuS 2002, 541 (543); Jayme, Nationaler *ordre public* und europäische Integration, 8. Anders: Martiny, Die Zukunft des europäischen *ordre public* im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, in: Coester/Martiny/Prinz von Sachsen Gessaphe (Hrsg.), Festschrift für Sonnenberger, 523 (532), der auch in diesem Urteil nur das Setzen gemeinschaftsrechtlicher Schranken durch den EuGH sieht, innerhalb der sich der nationale *ordre public* zu bewegen hat.

¹³⁶⁹ EuGH, Rs. C-38/98, Urt. v. 11.5.2000 - Renault/Maxicar - Slg. 2000, I-2973.

¹³⁷⁰ Dieser geht ausdrücklich von einer umfassenden Auslegungskompetenz des EuGH aus, EuGH, Rs. C-38/98, Schlussanträge des GA vom 22.6.1999 - Renault/Maxicar - Slg. 2000, I-2973 (2990, Nr. 58).

¹³⁷¹ EuGH, Rs. C-38/98, Urt. v. 11.5.2000 - Renault/Maxicar - Slg. 2000, I-2973 (3020, Rdnr. 27 ff.).

¹³⁷² EuGH, Rs. C-38/98, Urt. v. 11.5.2000 - Renault/Maxicar - Slg. 2000, I-2973 (3022, Rdnr. 34).

¹³⁷³ von Bar, JZ 2000, 723 (727); Habscheid, Die Europäisierung des Zivilprozeßrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 449 (460); Jayme, Nationaler *ordre public* und europäische Integration, 32.

nationale Argumente kaum Raum bleiben¹³⁷⁴. Schon 1964 hat *Hallstein* prophezeit, dass der *ordre public* eine Wandlung in eben dem Maße erfahren wird, dass dem Gemeinschaftsdenken gegenüber dem einzelstaatlichen Denken Priorität eingeräumt werden soll¹³⁷⁵. Dies ist geschehen. Dieser gemeineuropäische *ordre public* stellt keine Konkretisierung der nationalen öffentlichen Ordnung dar, sondern ist eigenständig. Der Inhalt darf nicht zu weit gezogen, sondern muss, anlehnend an die EuGH-Rechtsprechung, auf die grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen beschränkt werden. Nicht jeder Verstoß gegen EG-Primär- und Sekundärrecht darf als Beeinträchtigung der europäischen öffentlichen Ordnung qualifiziert werden¹³⁷⁶. Diese Konkretisierung ist auch kohärent mit der im Rahmen der Vergemeinschaftung durchgeführten Änderung des Wortlautes des Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ: Nach Art. 34 Nr. 1 EuGVVO ist nunmehr ein „offensichtlicher“ Verstoß gefordert¹³⁷⁷.

Fundament dieses gemeineuropäischen *ordre public* müssen also die grundlegenden Werte des Gemeinschafts- und Unionsrechts¹³⁷⁸, insbesondere die Grundrechte sein. Diese wurden durch den EuGH auf Grundlage von Art. 220 EG entwickelt, haben durch Art. 6 EUV Eingang in das geschriebene Recht gefunden und sind durch die Grundrechtecharta zwar nicht verbindlich, aber doch schriftlich niedergelegt worden. Des Weiteren zählen hierzu auch Grundprinzipien, wie die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, das Rechtsstaatsprinzip (hier ist insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hervorzuheben) und die Wahrung der Menschenrechte¹³⁷⁹. Für den verfahrensrechtlichen *ordre public* ist damit vor allem Art. 6 EMRK - also der Grundsatz des fairen Verfahrens, des rechtlichen Gehörs, eines zügigen Verfahrens, der Öffentlichkeit der Verhandlung und das Verbot des Prozessbetruges - von Bedeutung. Er wird selten eingreifen, da die mitgliedstaatlichen Prozessrechte bereits durch diese Standards geprägt sind. Am ehesten ist er denkbar, wenn ein Richter sein eigenes Verfahrensrecht missachtet¹³⁸⁰. Auch in materieller Hinsicht müssen die im engen Zusammenhang mit dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts stehenden

¹³⁷⁴ A.A.: *Brunns*, JZ 1999, 278 (279), der behauptet, dass die nationalen ordres publics allenfalls modifiziert und ergänzt werden könnten. Ebenso: *Martiny*, Gemeinschaftsrecht, *ordre public*, zwingende Bestimmungen und Exklusivnormen, in: von Bar (Hrsg.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, 211 (220), welcher anmerkt, dass die bestehenden Unterschiede nicht mit einem „europäischen *ordre public*“ überwölbt werden könnten.

¹³⁷⁵ *Hallstein*, *RabelsZ* 1964, 211 (217).

¹³⁷⁶ EuGH, Rs. C-38/98, Urt. v. 11.5.2000 - *Renault/Maxicar* - Slg. 2000, I-2973 (3022, Rdnr. 34).

¹³⁷⁷ *Gundel*, EWS 2000, 442 (447). Ebenso: Art. 16 EVÜ und Art. 6 EGBGB.

¹³⁷⁸ *Remien*, CMLR 2001, 53 (76).

¹³⁷⁹ Diese Prinzipien befinden sich in Art. 2 des Entwurfes eines Vertrages über eine Verfassung für Europa (CONV 850/03).

¹³⁸⁰ *Kropholler*, *Europäisches Zivilprozeßrecht*, Art. 27, Rdnr. 10.

Grundrechte¹³⁸¹ Maßstab sein. Nicht jedes Abweichen von der nationalen Rechtsordnung kann geltend gemacht werden, sondern nur solches von grundlegenden Vorstellungen der Gemeinschaft, die sich beispielsweise in den Gemeinschaftsgrundrechten wieder finden.

Diese andere Inhaltsgestaltung soll jedoch nicht den ultima ratio-Charakter zur Korrektur untragbarer Ergebnisse¹³⁸² außer Frage stellen. Die Korrektur justitieller Irrtümer soll vielmehr weiterhin primär auf vertikalem Weg erfolgen (local remedy rule)¹³⁸³.

(2) Justitielle Kontrolle

Problematisch erscheint aber die justitielle Kontrolle und Rechtsfortbildung, aufgrund der Länge¹³⁸⁴ und Schwerfälligkeit¹³⁸⁵ der Rechtsschutzverfahren vor dem EuGH und dem EuGMR. Im innereuropäischen Kontext sollten dennoch Fragen, durch die Fundamente der europäischen Gemeinschaft gestört sein könnten, dem EuGH vorgelegt werden. Dieser kann eine Entscheidung über die Subsumtion in einem eng gesetzten Rahmen treffen. Die praktische Wirksamkeit wäre nicht gewährleistet, wenn jedes mitgliedstaatliche Gericht unabhängig selbst den Inhalt eines gemeineuropäischen ordre public festlegen könnte. Dies wäre eine verkappte Rückkehr zu den nationalen ordres publics und würde den damit verbundenen Zielen zuwider laufen. Durch eine solche einheitliche Auslegung würde dann auch die Vereinheitlichung des IPR als Vorstufe derjenigen des Sachrechts ihre Funktion erfüllen. Hinzu kommt für den Einzelnen die Möglichkeit der Erlangung von Rechtsschutz auf dem Weg der Individualbeschwerde vor dem EuGMR (Art. 34 EMRK), denn alle Mitgliedstaaten haben sich schon durch die Unterzeichnung dieser Konvention verpflichtet, die entsprechenden Standards einzuhalten.

¹³⁸¹ Teil 1, C.I.5.

¹³⁸² *Staudinger*, JR 1999, 373 (374).

¹³⁸³ Diese Dominanz des vertikalen Rechtsschutzes betont auch nicht die Gläubigerposition zu stark (so aber: *Bruns*, JZ 1999, 278 [285]; *Stoppenbrink*, ERPL, 2002, 641 [667]). Denn der Schuldner wird schon durch die Ausgestaltung der Gerichtstände geschützt, so dass es eines nochmaligen Schutzes im Rahmen der Anerkennung nicht zwingenderweise bedarf. Auch für die Ausschöpfung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe im Ursprungsstaat: EuGH, Rs. C-7/98, Urt. v. 28.3.2000 - Krombach - Slg. 2000, I-1935 (1965, Rdnr. 44); *Geimer*, ZIP 2000, 863, 864; *Stolz*, JuS 2002, 541 (544); *Martiny*, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. III/1, Rdnr. 1024; *ders.*, Die Zukunft des europäischen ordre public im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, in: Coester/Martiny/Prinz von Sachsen Gessaphe (Hrsg.), Festschrift für Sonnenberger, 523 (542); *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 27, Rdnr. 10.

¹³⁸⁴ Das EuGH-Urteil im Fall Krombach/Bambarski erging erst sieben Monate nachdem der BGH über die Anerkennung und Vollstreckung des Zivilurteils zu entscheiden hatte, *Wagner*, IPRax 2002, 75 (92).

¹³⁸⁵ *Bruns*, JZ 1999, 278 (285).

bb. Kollisionsrechtlicher ordre public

Durch die Angleichung der Kollisionsnormen, insbesondere deren Materialisierung¹³⁸⁶ wird der ordre public-Vorbehalt auch im Kollisionsrecht an Bedeutung verlieren¹³⁸⁷. Der kollisionsrechtliche ordre public wird im Allgemeinen weiter ausgelegt als der anerkennungsrechtliche, da ausländische Rechtskraft und die Anerkennung von Hoheitsentscheidungen hier keine Rolle spielen. Im autonomen deutschen IPR sind Prüfungsmaßstab des ordre public: die Grundrechte und weitere wesentliche Grundsätze, wozu der Zweck des Gesetzes und die guten Sitten gehören¹³⁸⁸. Noch mehr als im Rahmen der Anerkennung fremder Urteile könnte im Kollisionsrecht die Gefahr bestehen, dass Rechtsentwicklungen anderer Mitgliedstaaten übernommen werden, die gar nicht den nationalen Wertvorstellungen entsprechen¹³⁸⁹, beispielsweise die gleichgeschlechtliche Ehe¹³⁹⁰. Auch hier muss jedoch das Ziel der Entwicklung gemeinsamer Gerechtigkeitsvorstellungen in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Auge behalten werden. Rechtsvorstellungen können sich nicht angleichen, wenn jeder Staat einer Rechtsfolge, die die Anwendung des Rechts eines anderen Mitgliedstaates herbeiführt, einen Verstoß eigener Grundvorstellungen vorwerfen kann.

Im deutschen Recht wurde der Maßstab in den vergangenen Jahren schon europäisiert, indem fundamentale Rechtsnormen und Rechtsgrundsätze der EG einbezogen wurden¹³⁹¹. Außerdem wurde auf internationaler Ebene der deutsche Grundrechtsschutz nicht uneingeschränkt durchgesetzt¹³⁹², und die Menschenrechte dienen als Interpretationshilfe, um die Wertigkeit bestimmter Rechtsgüter zu bestimmen¹³⁹³. Somit hat sich das nationale Recht schon geöffnet. Auch wenn in manchen Situationen die Nichtbeachtung deutscher Standards befremden mag, dient dies der Bildung eines einheitlichen Rechtsraumes. Warum sollte dann nicht auch hier der nächste Schritt hin zu einem gemeineuropäischen ordre public erfolgen? Auch das Erfordernis der hinreichend engen Beziehung zum Gebiet eines Mitgliedstaates, das Angriffspunkt für

¹³⁸⁶ Teil 4, B.2.b.aa.

¹³⁸⁷ *Schwind*, Neue Tendenzen im IPR, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), *Mélanges von Overbeck*, 103 (105); *von Bar*, IPR I, Rdnr. 638.

¹³⁸⁸ *Sonnenberger*, Münchener Kommentar, Bd. 10, Art. 6 EGBGB, Rdnr. 49.

¹³⁸⁹ *Drappatz*, Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV, 185.

¹³⁹⁰ Die Frage des ordre public-Verstoßes ist hier stark umstritten. Dazu: *Röthel*, IPRax 2002, 496 (496 ff.).

¹³⁹¹ *Sonnenberger*, Münchener Kommentar, Bd. 10, Art. 6 EGBGB, Rdnr. 67.

¹³⁹² BVerfGE 31, 58 (77).

¹³⁹³ *von Bar*, IPR I, Rdnr. 635: So hat der EuGMR bestimmt, dass eine Regelung, die uneheliche Kinder als nicht mit ihrer Mutter verwandt ansehen, verboten ist. Dies wurde in den deutschen ordre public übernommen.

Diskriminierungsvorwürfe war¹³⁹⁴, kann so durch den hinreichenden Bezug zum Gemeinschaftsgebiet ersetzt werden¹³⁹⁵.

Als Ergebnis ist also festzuhalten, dass im innergemeinschaftlichen Kontext die ordre public-Klausel als gemeineuropäisch ausgelegt werden muss. Berufen wird als Ausweichrecht das gemeinschaftskonforme Recht des Forumstaates, denn eine gemeinschaftliche Sachregelung existiert ja gerade nicht.

cc. Entkräftung von Einwänden

Zur Begründung der Entwicklung hin zu einem gemeineuropäischen ordre public im Anerkennungsrecht und im Kollisionsrecht sind zwei Argumente zu entkräften, zum einen die Lage in den USA, zum anderen die Tolerierung nationaler Vorbehaltsklauseln in anderen Bestimmungen des EG-Vertrages.

(1) Lage in den USA

In den USA ist trotz einheitlichen Wirtschaftsraumes die Kontrolle der Entscheidungen anderer Bundesstaaten und des Bundes eine Selbstverständlichkeit¹³⁹⁶. Die so genannte „Full Faith and Credit Clause“ des Art. IV Sec. 1 U.S.Const. erfährt im Zivilrecht bedeutsame Durchbrechungen. Hier sei etwa auf die Due Process Clause¹³⁹⁷, als Grundsatz des fairen Verfahrens, welche in allen Bundesstaaten Anwendung findet, hingewiesen. Es findet damit eine gewisse ordre public-Kontrolle statt. Die Existenz dieser Kontrolle beweist aber noch nicht, dass diese Klausel auch in den Staaten in unterschiedlicher Weise angewandt wird, sondern sie wird im Gegenteil aus der bundesstaatlichen Verfassung - 5th and 14th amendment - hergeleitet, beruht also auf einer einheitlichen bundesstaatlichen Grundlage und wird durch den Supreme Court ausgelegt.

Auch im Rahmen des materiellrechtlichen ordre public nehmen sich die Bundesstaaten trotz der Möglichkeit der Berufung auf eigene wichtige Interessen deutlich zurück, was auf den wechselseitigen Respekt und die Mindeststandards im Bundesrecht zurückzuführen ist¹³⁹⁸. Damit ist die Lage in den USA in

¹³⁹⁴ Teil 2, B.I.2.a.cc.(2)(b).

¹³⁹⁵ *Blumenwitz*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 6 EGBGB, Rdnr. 122: bei angelegentlichem EG-Recht. Anders: *Sonnenberger*, Münchener Kommentar, Bd. 10, Art. 6 EGBGB, Rdnr. 86, der dies mit der Situation vergleicht, dass es früher auch nicht möglich war, einen Inlandsbezug bereits aus einem Bezug zu einem Nachbarstaat herzuleiten. Eine solche Argumentation verkennt freilich die fortschreitende Integration.

¹³⁹⁶ *Bruns*, JZ 1999, 278 (278).

¹³⁹⁷ *Bruns*, JZ 1999, 278 (284); *Juenger*, Amerikanische Praxis und europäische Übereinkommen, in: Basedow (Hrsg.), Festschrift für Drobniig, 299 (302).

¹³⁹⁸ *Bruns*, JZ 1999, 278 (283).

praktischer Hinsicht nicht anders als die hier vorgeschlagene für die EU - in verfahrensrechtlicher Hinsicht werden durch die Due Process Clause einheitliche Standards geschaffen, ein materiellrechtlicher ordre public existiert nicht oder wird vom Bundesrecht bestimmt.

(2) Vorbehalt der öffentlichen Ordnung im EG-Vertrag

Auch im Rahmen der Grundfreiheiten können sich die Mitgliedstaaten bei einem Verstoß auf den Schutz ihrer öffentlichen Ordnung berufen (Art. 30, 39 Abs. 3, 46 Abs. 1, 55, 58 Abs. 1 lit. b EG). Aber auch diese Gründe sind im Lichte des Gemeinschaftsrechts auszulegen¹³⁹⁹. Der EuGH setzt auch hierfür positive Standards¹⁴⁰⁰, gibt den innerstaatlichen Stellen aber einen Beurteilungsspielraum innerhalb dieser gesetzten Grenzen¹⁴⁰¹. Jedoch sind Sinn und Zweck der Regelungen verschieden. Während es im IZVR um die Anerkennung ausländischer Entscheidungen und im Kollisionsrecht um die Koordination von ausländischem und inländischem Recht geht, betreffen die Regelungen im Rahmen der Grundfreiheiten primär die Rangkollision zwischen Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatlichem Recht und damit die Gesetzgebungszuständigkeiten¹⁴⁰². Der „ordre public international“ ist nicht gleichzusetzen mit dem „ordre public interne“¹⁴⁰³. Auch wenn eine funktionelle Ähnlichkeit, und zwar die der Formulierung eines nationalen Kernbestandes, besteht¹⁴⁰⁴, so liegt aber aufgrund der verschiedenen inhaltlichen Einbettung gerade keine Vergleichbarkeit vor. Auf der einen Seite soll die innere Ordnung und der Bestand des Staates gesichert werden, wobei das persönliche Verhalten maßgeblich ist¹⁴⁰⁵, auf der anderen Seite sollen Grundstandards, also Werte- und Gerechtigkeitsvorstellungen durchgesetzt werden. Die Zielrichtung ist eine andere. Aus der Möglichkeit der Rechtfertigung von Verstößen gegen die Grundfreiheiten mit der öffentlichen Ordnung kann kein Rückschluss auf den anerkennungs- oder kollisionsrechtlichen ordre public gezogen werden, also auch kein Argument gegen die Schaffung eines gemeineuropäischen ordre public.

¹³⁹⁹ *Gundel*, EWS 2000, 442 (446); z.B.: EuGH, Rs. C 62/90, Urt. v. 8.4.1992 - Kommission/Deutschland - Slg. 1992, I-2575, Rn. 23 ff.

¹⁴⁰⁰ *Gundel*, EWS 2000, 442 (446).

¹⁴⁰¹ EuGH, Rs. 41/74, Urt. v. 4.12.1974 -van Duyn- Slg. 1974, 1337 (1350).

¹⁴⁰² *Martiny*, Gemeinschaftsrecht, ordre public, zwingende Bestimmungen und Exklusivnormen, in: von Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 211 (213).

¹⁴⁰³ *Sonnenberger*, ZVglRWiss 1996, 3 (41).

¹⁴⁰⁴ *Martiny*, Gemeinschaftsrecht, ordre public, zwingende Bestimmungen und Exklusivnormen, in: von Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 211 (213.).

¹⁴⁰⁵ EuGH, Rs. C-348/96, Urt. v. 19.1.1999 - Calfa - Slg. 1999, I-1 (11, Rdnr. 21).

c. Verhältnis zu Drittstaaten

Bevor eine Drittstaatenentscheidung anerkannt oder drittstaatliches Recht angewendet wird, muss es weiterhin möglich sein, diese an der Vereinbarkeit mit dem *ordre public* zu messen. Man könnte in solchen Drittstaatenverhältnissen nationale Wertvorstellungen ansetzen¹⁴⁰⁶, oder auch hier einen europäischen Maßstab der öffentlichen Ordnung heranziehen. Es wurde festgestellt, dass die Gemeinschaft auch das Kollisionsrecht und das internationale Verfahrensrecht im Verhältnis zu Drittstaaten regeln kann, da dies für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes notwendig ist. Die durch eine Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts gewonnene Einheitlichkeit könnte aber im Einzelfall durch die Anwendung nationaler Vorbehaltsklauseln wieder zerstört werden. Dies würde nicht nur dem Binnenmarktgedanken, sondern auch der Entwicklung einheitlicher Gerechtigkeitsvorstellungen widersprechen. Gemeinsame europäische Werte müssen dabei nicht unter den nationalen Standards liegen. Ein *ordre public* gegenüber allen Rechtsordnungen wurde aufgrund der Nichtdifferenzierung schon teilweise für das EVÜ gefolgert¹⁴⁰⁷, aber erst bei dem gegenwärtigen Integrationsstand erscheint ein solches Vorgehen realistisch. Der gemeineuropäische *ordre public* muss also auch gegenüber den Drittstaaten gelten.

d. Ergebnis

Auch bei der innergemeinschaftlichen Verbundenheit und dem erreichten Integrationsstand wird das traditionelle Sicherheitsventil des *ordre public* zunächst bestehen bleiben¹⁴⁰⁸. Dies bedeutet aber nicht, dass nicht auch hier dem Ziel der Freizügigkeit, der Errichtung eines Binnenmarktes Rechnung getragen werden muss. Dies wird zum einen bereits durch die im Rahmen der EuGVVO und der Brüssel II-VO eingeführten verfahrensrechtlichen Änderungen zum anderen durch eine Auslegung der *ordre public*-Klauseln als „gemeineuropäischer *ordre public*“ erreicht. Durch diese Einheitlichkeit der Standards werden die Gerechtigkeitsvorstellungen weiter angenähert und so der einheitliche Rechtsraum gefördert.

¹⁴⁰⁶ So: *Föhlisch*, Der gemeineuropäische *ordre public*, 27 f.: „Hier geht es darum, den nationalen *ordre public* gegenüber dem Recht bzw. Entscheidungen eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaften zurückhaltender einzusetzen als gegenüber einem Drittstaat.“

¹⁴⁰⁷ *Spickhoff*, Der *ordre public* im internationalen Privatrecht: Entwicklung - Struktur - Konkretisierung, 89.

¹⁴⁰⁸ *Martiny*, Gemeinschaftsrecht, *ordre public*, zwingende Bestimmungen und Exklusivnormen, in: von Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 211 (229).

5. Einheitliche Auslegung durch den EuGH

Der Gefahr der Zersplitterung vereinheitlichten Rechts kann nur entgegengewirkt werden, wenn eine einheitliche Anwendung und Auslegung durch die Gerichte sichergestellt wird. Die Möglichkeit der unterschiedlichen Auslegung und Anwendung des vereinheitlichten Rechts widerspricht sowohl dem Binnenmarkt, als auch dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

Gemäß Art. 68 EG gewährleistet der EuGH eine solche einheitliche Auslegung¹⁴⁰⁹. Er besitzt zweifellos auch die entsprechende sachliche Kompetenz, da er schon für die Auslegung des EuGVÜ zuständig ist und auch bei der Überprüfung von Normen am Maßstab der Gemeinschaftsgrundrechte und Grundfreiheiten mit dem Kollisionsrecht zu tun hatte¹⁴¹⁰. Hierbei ist er nicht nur als Auslegungsinstanz tätig geworden, sondern hat auch Recht weiterentwickelt und ist damit selbst Integrationsfaktor¹⁴¹¹. Durch die neuen Gemeinschaftsrechtsakte auf dem Gebiet des IPR wird sich aber der Arbeitsumfang erheblich erhöhen. Die in den einzelnen Rechtsakten und in der zu erlassenen allgemeinen Verordnung verwendeten Begriffe - insbesondere der des *ordre public* - müssen durch den EuGH in einer koordinierenden Art und Weise¹⁴¹² ausgelegt und weiterentwickelt werden. Wenn man darüber hinaus die IPR-Vereinheitlichung als Vorstufe zur Sachrechtsvereinheitlichung im Bereich des Privatrechts ansieht, stellt diese neue Arbeitsbelastung nur den Beginn einer erheblichen Mehrbelastung dar. Auch die Anforderungen werden größer, da eine Kenntnis der einzelnen nationalen Privatrechtssysteme notwendig erscheint, um den Fall richtig einzubetten. Ob die Einheitlichkeit des Gerichtssystems auf europäischer Ebene zu wahren ist, ist aus diesen Gründen zweifelhaft. Auch in den Mitgliedstaaten besteht eine Trennung zwischen Gerichten zur Lösung privatrechtlicher Streitigkeiten und solchen, die im Bereich des öffentlichen Rechts tätig sind. Die Konzeption des Privatrechts ist eine fundamental andere als die des öffentlichen Rechts¹⁴¹³. Der EuGH ist nach seiner Entstehungsgeschichte in erster Linie Verfassungs- und Verwaltungsgericht¹⁴¹⁴. Dies muss im Rahmen der Reform des Gerichtswesens beachtet werden.

¹⁴⁰⁹ Näher hierzu: Teil 1, C.IV.3.

¹⁴¹⁰ *Hakenberg*, *RabelsZ* 2002, 367 (384), zweifelt an der Entwicklung einer besonderen Sachkompetenz im Bereich des Privatrechts, zieht aber nur das vereinheitlichte Sachrecht, nicht jedoch die Verfahren im Bereich des EuGVÜ heran.

¹⁴¹¹ *Gündisch*, *AnwBl.* 1998, 170 (171).

¹⁴¹² Dies forderte *Kohler*, *Die Formung europäischen Kollisionsrechts durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, in: Reichelt (Hrsg.), *Europäisches Kollisionsrecht*, 15 (24), schon für das EuGVÜ und das EVÜ.

¹⁴¹³ *Hakenberg*, *RabelsZ* 2002, 367 (382).

¹⁴¹⁴ So auch: *Remien*, *JZ* 1992, 277 (282).

Von der Reflexionsgruppe wurde deshalb vorgeschlagen, entweder eine neue Kammer des EuG für international-privatrechtliche Fragen oder ein neues Gemeinschaftsgericht zu schaffen, das sich aus Experten für das internationale Privatrecht zusammensetzt¹⁴¹⁵. Eine solche Kammer hätte aber auch im EuGH gebildet werden können¹⁴¹⁶. Diskutiert wurde auch die Einführung dezentraler europäischer Spezialgerichte, welche freilich die gewünschte Einheitlichkeit nicht realisieren könnten¹⁴¹⁷. Ein privatrechtliches Gemeinschaftsgericht wäre vorzugswürdig gewesen. Der Vertrag von Nizza weist aber den Weg zu einer Bildung von gerichtlichen Kammern für Spezialgebiete. Diese werden dem Gericht erster Instanz beigeordnet (Art. 220 Abs. 2 i.V.m. 225 a EG). Gegen die Entscheidung dieser Kammern können Rechtsmittel beim Gericht erster Instanz eingelegt werden (Art. 225 Abs. 2, 225 a Uabs. 3 EG). Eine solche Kammer für internationales Privatrecht oder auch für Privatrecht allgemein könnte, auch wenn dadurch noch immer keine institutionelle Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht stattfindet, durch ihre Spezialisierung in einem großen Maße zur Rechtsfortbildung und Rechtseinheit beitragen und die gewünschte Qualität sichern, wenn sie für alle Verfahren auf diesem Gebiet zuständig ist. Deshalb muss in der Satzung gemäß Art. 225 Abs. 3 EG festgelegt werden, dass diese Kammer auch für Vorabentscheidungsverfahren auf dem Gebiet des IPR zuständig ist. Vorabentscheidungsverfahren sind gerade in diesem Rechtsgebiet das für den Bürger wichtigste Verfahren zur Erlangung von Rechtsschutz.

C. Ergebnis

Das gemeinschaftliche internationale Privatrecht muss den Anforderungen des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und des Binnenmarktes entsprechen.

In technischer Hinsicht wird dies am ehesten durch die Rechtsform der Verordnung realisiert. Anzustreben ist eine allgemeine IPR-VO, in der die Grundlagen des Kollisionsrechts und des internationalen Verfahrensrechts normiert werden und die durch spezielle Verordnungen auf den einzelnen Gebieten zu dem Zeitpunkt, an dem die Verwirklichung auf politischer Ebene möglich erscheint, konkretisiert wird. Sie bildet die Grundlage für eine später zu schaffende Europäische IPR-Verordnung.

¹⁴¹⁵ *Streinz/Leible*, EWS 2001, 1 (3); *Kropholler*, Die Auslegung von EG-Verordnungen zum Internationalen Privatrecht und Verfahrensrecht, in: Basedow u.a. (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa*, 583 (588); *Pirrung*, Zugang zum Recht der Europäischen Union, in: Baret (Hrsg.), *Creating a European Judicial Space*, 35 (41).

¹⁴¹⁶ *Streinz/Leible*, EWS 2001, 1 (6).

¹⁴¹⁷ *Hakenberg*, *RabelsZ* 2002, 367 (385).

In inhaltlicher Hinsicht sollte man sich an den bestehenden nationalen Kodifikationen orientieren. Dies bedeutet insbesondere die Fortsetzung und Weiterentwicklung der Materialisierung, da hierdurch dem Raum des Rechts im Sinne von Gerechtigkeit und der Bedeutung der IPR-Vereinheitlichung als Vorstufe der Vereinheitlichung des gesamten Zivilrechts Rechnung getragen wird. Im Konkreten sollen die Normen im *Savigny*'schen Sinne weiterhin auf dem Grundsatz der engsten Verbindung, jedoch präzisiert durch international-privatrechtliche und sachrechtliche Interessen, basieren. Die Normen müssen weiterhin dem Gedanken der Rechtssicherheit entsprechen und einen weiten Zugang zum Recht ermöglichen. Dies wird insbesondere durch weite Zuständigkeitsregelungen und geringe Anforderungen an die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen erreicht. Im Rahmen der kollisionsrechtlichen Anknüpfungen verwirklicht das Rechtswahlprinzip in idealer Weise die Anforderungen des Binnenmarktes und des Rechtsraumes. Sie muss aber durch subsidiär geltende konkrete objektive Anknüpfungsmomente ergänzt werden. Auch diese müssen den Zielen der Realisierung des Binnenmarktes und des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gerecht werden. Dies geschieht insbesondere durch eine möglichst weite Anwendung des Anknüpfungsmomentes des gewöhnlichen Aufenthaltes. Der *ordre public* muss in einem einheitlichen Rechtsraum, insbesondere aufgrund der angeglichenen Gerechtigkeitsvorstellungen, insofern modifiziert werden, als er in einem gemeinschaftlichen Sinne, also als „gemeineuropäischer *ordre public*“ zu verstehen ist, dessen Fundament die grundlegenden Werte des Gemeinschafts- und Unionsrechts sind.

Die Auslegung der einzelnen Normen, insbesondere die Qualifikation, muss durch ein gemeinschaftliches Gericht erfolgen, wobei aufgrund der neuen Herausforderungen aber Umstrukturierungen notwendig erscheinen.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Die Vergemeinschaftung des IPR ist im Lichte des Aufbaus eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu sehen. Dieser Raum ist in historischer Sicht die Fortentwicklung der Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres, die nach dem Maastrichter Vertrag noch auf rein intergouvernementaler Ebene stattfand. Der im Rahmen des Amsterdamer Vertrages eingeführte Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts behebt viele Mängel, die zu einer weitgehenden Unwirksamkeit zumindest der Zusammenarbeit in Zivilsachen führte. Die Vergemeinschaftung dieser Materie führte beispielsweise zur Möglichkeit der Nutzung gemeinschaftsrechtlicher Instrumente, der Änderung des Verfahrens des Erlasses der Rechtsakte und der weitgehenden Überprüfbarkeit durch den EuGH. In inhaltlicher Hinsicht bezeichnet der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts einen Lebensraum, in dem die Freizügigkeit und Handlungsfreiheit der Bürger und rechtsstaatliche Garantien gegen Einwirkungen von außen geschützt und nach innen durch auf gemeinsamen Gerechtigkeitsvorstellungen beruhende Rechtsangleichungsmaßnahmen und der Ermöglichung des Zugangs zum Recht realisiert werden. Ziel ist die Bildung einer gemeinsamen Identität.

2. Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts unterscheidet sich wegen der auf Art. 69 EG beruhenden grundsätzlichen Nichtteilnahme des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks in seiner territorialen Ausdehnung von dem Gemeinschaftsgebiet. Dies hat Auswirkungen auf die Interpretation bisher erlassener Rechtsakte, in denen „Gemeinschaftsgebiet“ als „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ ausgelegt werden muss. Die Verordnungen sind nicht anwendbar, wenn die Anknüpfungspunkte in den nicht teilnehmenden Staaten liegen. Auch die Ausgestaltung neuer kollisionsrechtlicher Rechtsakte muss dem angepasst werden, da Mitgliedstaaten der Gemeinschaft insoweit wie Drittstaaten zu behandeln sind. Dies führt dazu, dass gegenüber den nichtteilnehmenden Staaten, die Kollisionsnorm durchaus als Gesamtnormverweisung verstanden werden könnte, während sie innerhalb des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nur eine Sachnormverweisung darstellen kann.

3. Die Grundfreiheiten können nicht unmittelbar als Kollisionsrechtsnormen angewandt werden. Die einzelnen Bereiche des Privatrechts können zwar durchaus den gegenständlichen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten betreffen. Dies gilt insbesondere für das Familien- und Erbrecht. Weder das Diskriminierungsverbot noch das allgemeine Beschränkungsverbot führen aber zur Anwendung eines bestimmten Sachrechts auf einen Sachverhalt. Selbst wenn einige Sach- und Kollisionsnormen diskriminierend wirken, was insbesondere bei einseitigen Kollisionsnormen und einigen Regelungen des Allgemeinen Teils der Fall ist, folgt hieraus nicht die Anwendung des Rechts eines anderen Mitgliedstaates. Die entsprechende Norm wird lediglich in nichtdiskriminierender Weise angewandt. Ein Verstoß von Privatrechtssachnormen gegen das allgemeine Beschränkungsverbot kommt nur selten in Betracht, da sie nach der Keck- und der Cassis de Dijon-Rechtsprechung zumeist aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen. Kollisionsrechtsnormen können nicht separat vom Sachrecht betrachtet werden, da nur das Ergebnis des Zusammenwirkens gegen die Grundfreiheiten verstoßen kann. Bei einem Verstoß des Ergebnisses der Anwendung kann die Beseitigung auf Sach- oder Kollisionsrechtsebene erfolgen. Der EuGH zog bisher einen Verstoß des Kollisionsrechts nicht in Betracht.

4. Insbesondere Art. 48, 43 EG sind nicht unmittelbar als Normen des internationalen Gesellschaftsrechts anzuwenden. Aus ihnen ergibt sich nicht, dass nur die Gründungstheorie den Anforderungen entspricht. In der Überseering-Entscheidung hat der EuGH in der aus dem Zusammenwirken von Kollisions- und Sachrecht folgenden Negierung der Rechtsfähigkeit von ausländischen Gesellschaften im Zuzugsstaat einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit gesehen und damit die Gewährleistung der primären Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften als Zuzugsfreiheit anerkannt. Diese war in der Daily Mail-Entscheidung noch zumindest für die primäre Niederlassungsfreiheit als Wegzugsfreiheit abgelehnt worden. Durch seine Antwort auf die zweite Auslegungsfrage machte der EuGH allerdings deutlich, dass nicht die Sitztheorie als solche, sondern das aus dem Zusammenspiel von deutschem Kollisions- und Sachrecht erwachsende Ergebnis gegen diese Niederlassungsfreiheit verstößt. Die Beseitigung des Verstoßes ist auf beiden Ebenen möglich. Eine Beseitigung auf Sachrechtsebene ist unter Berücksichtigung der Entscheidung Inspire Art lediglich nicht mehr praktikabel, da sie nur durch die Schaffung unzähliger Gesellschaftsformen, die haftungsrechtlich und in Bezug auf das Mindestkapital dem Wegzugsstaat entsprechen, theoretisch möglich ist.

5. Die Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen internationalen Privatrechte behindert den Binnenmarkt. Das Sachrecht ist für die Wirtschaftsteilnehmer nicht vorhersehbar. Dies gilt insbesondere, wenn alternative Gerichtsstände zur Verfügung stehen und die Kollisionsrechte der Mitgliedstaaten auf verschiedene Sachrechte verweisen. Für den Kläger entsteht so die Möglichkeit des forum shopping, für den möglichen Klagegegner Rechtsunsicherheit. Darüber hinaus kann es bei unvereinheitlichter internationaler Zuständigkeit zu Überschneidungen und Lücken kommen, so dass Forderungen gar nicht durchsetzbar sind oder sich die Urteile verschiedener Gerichte widersprechen. Die Notwendigkeit der Erkundung fremder Rechtsnormen erhöht auch die Transaktionskosten (Informations- und Rechtsberatungskosten).

6. Aufgrund der Behinderung des Binnenmarktes und zur Realisierung des Zieles der Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist die Vergemeinschaftung der Kollisionsnormen und der Normen des internationalen Verfahrensrechts notwendig. Insbesondere der einheitliche Rechtsraum wird durch eine Harmonisierung dieser Normen weiterentwickelt. Art. 61 lit. c i.V.m. Art. 65 EG gibt der Gemeinschaft die Kompetenz zur Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts. Art. 65 lit. b EG umfasst das Kollisionsrecht und die gerichtliche Zuständigkeit. Art. 65 lit. a EG bezieht sich auf andere Gebiete des internationalen Verfahrensrechts.

7. Diese Kompetenz beschränkt sich nicht auf die Regelung der innergemeinschaftlichen Sachverhalte. Auch das Verhältnis zu Drittstaaten darf die Gemeinschaft regeln. Sie hat die Möglichkeit, autonome Gemeinschaftsrechtsakte zu erlassen, kann aber auch Übereinkommen mit Drittstaaten abschließen und auf internationalen Konferenzen auftreten. Die autonomen Gemeinschaftsrechtsakte können sowohl einseitige Kollisionsnormen, die den Anwendungsbereich harmonisierten Sachrechts bestimmen und dieses vor Umgehung schützen sollen, als auch allseitige Kollisionsnormen enthalten. Dies ergibt sich aus dem Erfordernis des „reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes“, für das bereits die Gefahr der Beeinträchtigung genügt. Eine solche Gefahr besteht immer, da eine zukünftige Auswirkung des noch lediglich Drittstaaten betreffenden Rechtsverhältnisses auf den Binnenmarkt ebenso wenig ausgeschlossen werden kann, wie eine zukünftige fehlende Auswirkung eines bisherigen Binnenmarktsachverhaltes. Würde das vergemeinschaftete IPR lediglich gemeinschaftsinterne Beziehungen regeln, wäre das Gebot der

Rechtssicherheit durch den Wechsel des maßgeblichen Kollisionsrechts nicht gewährleistet. Für den Abschluss völkerrechtlicher Übereinkommen besteht eine implizite Kompetenz. Da die Gemeinschaft intern das Verhältnis zu Drittstaaten regeln darf, muss sie auch im Außenverhältnis tätig werden können. Es besteht eine untrennbare Verbindung. Solange die Gemeinschaft aber auf interner Ebene noch keine Normen erlassen hat, handelt es sich um eine konkurrierende Kompetenz. Wenn das Recht der entsprechenden internationalen Organisationen bezüglich der Beteiligung der Gemeinschaft Beschränkungen setzt, müssen die Mitgliedstaaten einheitlich vorher abgestimmte Standpunkte vertreten.

8. Die Gemeinschaft wird nicht durch das Tatbestandsmerkmal des „Förderns“ in Art. 65 lit. b EG auf bestimmte Rechtsinstrumente beschränkt. Die im Rahmen anderer EG-Kompetenzen, die zum Erlass von Fördermaßnahmen ermächtigen, übliche Einschränkung kann hier nicht übernommen werden. Dies lassen schon die englische und französische Fassung nicht zu. Darüber hinaus wird hier auch von Fördern der Vereinbarkeit der Regelungen und nicht der Zusammenarbeit gesprochen. Aus dem Begriff Fördern ergibt sich lediglich eine Zielrichtung, nicht jedoch eine Limitierung der Handlungsformen.

9. Aufgrund der funktionellen Ausrichtung können auch andere Kompetenzen zur Vereinheitlichung spezieller Teilgebiete des IPR, also bestimmter Statute und Fragen des internationalen Verfahrensrechts ermächtigen. Eine kumulative Heranziehung dieser Ermächtigungsnormen und des Art. 65 EG ist aufgrund der speziellen Verfahrensvorschriften in Art. 67 EG und der grundsätzlichen Nichtteilnahme des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks nicht möglich. Eine Abgrenzung muss nach dem objektiven Hauptzweck erfolgen. Art. 65 EG ist im Verhältnis zu anderen Normen, welche die Vereinheitlichung von IPR-Regelungen ermöglichen, vorrangig, wenn das Ziel die Errichtung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist. Sollen lediglich Annex-Vorschriften im Rahmen einer weitergehenden Sachrechtsharmonisierung getroffen werden, sind die anderen Vorschriften vorrangig. Dies gilt insbesondere auch im Verhältnis zu Art. 95 EG, wo eine Abgrenzung nicht über Art. 95 Abs. 2 EG erfolgt. Art. 293 EG, der einen Handlungsauftrag an die Mitgliedstaaten statuiert, ist gegenüber Art. 65 EG subsidiär. Wenn die Voraussetzungen für das Handeln der Gemeinschaft nach Art. 65 EG vorliegen, besteht aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue die Verpflichtung, nicht mehr nach Art. 293 EG tätig zu werden.

10. Die neuen, bereits unter Nutzung der Kompetenz des Art. 65 lit. b EG erlassenen Verordnungen, entsprechen den gewonnenen Ergebnissen. Alle haben einen Binnenmarktbezug. Dieser wird zwar in den Erwägungsgründen nur ungenügend allgemein festgestellt, ist aber nach genauer Prüfung auch tatsächlich gegeben. Im Verhältnis zu Drittstaaten hat die Gemeinschaft ihre Kompetenz nicht soweit ausgenutzt, wie es ihr möglich gewesen wäre. Sie hat im Rahmen der konkurrierenden Zuständigkeit zum Abschluss von völkerrechtlichen Übereinkommen weitgehend auf Handlungsbefugnisse verzichtet.

11. Neben den auf Art. 65 EG gestützten Rechtsakten existieren andere gemeinschaftliche, das IPR betreffende Rechtsakte sowie nationale und völkerrechtliche Normen. Wird das Verhältnis nicht ausdrücklich in den Maßnahmen geregelt, sind die allgemeinen Kollisionsgrundsätze anzuwenden. Im Verhältnis der Mitgliedstaaten sind die Gemeinschaftsrechtsakte gegenüber den völkerrechtlichen vorrangig, im Verhältnis zu Drittstaaten bestehen die Übereinkommen fort. Gegenüber dem nationalen Recht haben die Gemeinschaftsrechtsakte Anwendungsvorrang. Das Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht wird vom nationalen Recht geregelt. Im Verhältnis der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen untereinander ist aus dem Verhältnis der Kompetenzen auf das Verhältnis der Gemeinschaftsrechtsakte zu schließen.

12. Die Vergemeinschaftung sollte mit Hilfe einer Verordnung erfolgen, da diese den Erfordernissen eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in größtem Maße entspricht. Durch sie wird nicht lediglich eine Angleichung, sondern eine Vereinheitlichung, mithin ein kompletter Entscheidungseinklang herbeigeführt. Das Ideal zur Realisierung des einheitlichen Rechtsraumes ist eine Gesamtkodifikation, durch welche die Übersichtlichkeit erhöht, Prinzipienstimmigkeit gesichert, die Zugänglichkeit erleichtert und die Rechtssicherheit erhöht wird. Da dies aufgrund einer gestuften Vergemeinschaftung nicht durchsetzbar ist, sollte eine allgemeine IPR-VO erlassen werden, in der die Grundbegriffe des Kollisionsrechts und des internationalen Verfahrensrechts einheitlich definiert werden und welche die Grundlage für die auf einzelne Gebiete bezogenen, speziellen Verordnungen bildet.

13. Auch die inhaltliche Ausgestaltung der Rechtsakte muss den Vorgaben des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts entsprechen. Der einheitliche Rechtsraum erfordert dabei Rechtssicherheit als Ausformung des Rechtsstaatsprinzips, einen leichten Zugang zum Recht und die Realisierung des Gerechtigkeitsgedanken. Der Binnenmarkt verlangt den Abbau von Handelshindernissen und Wettbewerbsbeeinträchtigungen. Als Anknüpfungsmoment ist die Rechtswahl und als Vorschrift des internationalen Verfahrensrechts die Gerichtsstandsvereinbarung die ideale Umsetzung dieser Vorgaben. Das anwendbare Recht ist so leicht zu ermitteln, die Gerechtigkeitserwägungen der Parteien werden erfüllt und die Transaktionskosten werden durch die Möglichkeit der Anwendung desselben Rechts auf verschiedene Transaktionen gesenkt. Die Rechtswahl ist aber durch subsidiäre objektive Anknüpfungen zu ergänzen, die ebenfalls die Vorgaben erfüllen müssen.

14. Durch eine *ordre public*-Klausel werden die grundlegenden Gerechtigkeits- und Ordnungsvorstellungen des Forumstaates durchgesetzt. Bei einem einheitlichen Sachrecht ist ein solcher innergemeinschaftlich nicht mehr notwendig. Hat noch keine Sachrechtsvereinheitlichung stattgefunden, muss der *ordre public* zur Realisierung des einheitlichen Rechtsraumes und des Binnenmarktes als „gemeineuropäischer *ordre public*“ ausgelegt werden. Erste Ansätze zu dessen positiver Konkretisierung finden sich im EuGH-Urteil Krombach/Bamberski. Der Gerichtshof stützte sich hier vor allem auf die gemeinschaftsrechtlich anerkannten Grundrechte. Diese müssen durch andere grundlegende Unions- und Gemeinschaftswerte ergänzt werden.

15. Das einheitliche Sekundärrecht muss in einem einheitlichen Rechtsraum auch konform ausgelegt werden. Der EuGH stellt dies schon jetzt sicher. Zur besseren Gewährleistung und in Vorbereitung weiterer Aufgaben im Privatrecht muss jedoch ein spezialisiertes Gericht geschaffen werden. Nach den Regelungen des Vertrages von Nizza ist dies nur möglich durch die Errichtung einer dem Gericht erster Instanz beigeordneten Kammer, die für alle IPR-relevanten Verfahren zuständig ist.

Ausblick

Der vom Europäischen Konvent zur Zukunft Europas erarbeitete „Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa“¹⁴¹⁸ wird zu gravierenden Änderungen für die Europäischen Gemeinschaften und die Europäische Union führen. Es handelt sich um die größte Reform in der Geschichte der europäischen Integration, da das gesamte Primärrecht neu konzipiert wurde¹⁴¹⁹.

Dies macht abschließend eine kurze Untersuchung der Auswirkungen der Änderungen auf die Ergebnisse dieser Arbeit, die auf Grundlage der Verträge von Amsterdam und Nizza gewonnen wurden, erforderlich.

I. Definition eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Die Europäischen Gemeinschaften werden in der Europäischen Union aufgehen und dieser wird in Art. I-6 des Entwurfes ausdrücklich eine Rechtspersönlichkeit zugestanden. Es handelt sich damit zwar noch immer nicht um einen Staat, jedoch können die Rechtsstaatsprinzipien bei der Auslegung des Begriffes „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ eine noch größere Rolle spielen.

Dieser Raum wird nunmehr auch näher präzisiert. Zwar enthält Art. III-158 des Entwurfes nicht die Überschrift „Definition des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, noch während des Konvents war diese Vorschrift zur Erleichterung der Arbeit der Konventsmitglieder jedoch mit einer solchen Überschrift versehen¹⁴²⁰. Auch die Stellung deutet auf eine Definition hin. Es handelt sich um die erste Vorschrift in Kapitel IV des dritten Titels – Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts - unter dem Abschnitt 1- Allgemeine Vorschriften. Nach Art. III-158 des Entwurfes bildet die Union einen Raum der Freiheit der Sicherheit und des Rechts, in dem die Grundrechte geachtet und die verschiedenen Rechtstraditionen und -ordnungen der Mitgliedstaaten berücksichtigt werden. Die Union stellt sicher, dass Personen an den Binnengrenzen nicht kontrolliert werden, und entwickelt eine gemeinsame Politik in den Bereichen Asyl, Einwanderung und Kontrollen an den Außengrenzen, die sich auf die Solidarität der Mitgliedstaaten gründet und gegenüber Drittstaatenangehörigen gerecht ist. Die Union wirkt darauf hin, durch Maßnahmen zur Prävention und Bekämpfung von Kriminalität sowie von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, zur Koordinierung und Zusammenarbeit von Polizeibehörden und Organen der Strafrechtspflege und den anderen

¹⁴¹⁸ CONV 850/03.

¹⁴¹⁹ Meyer/Hölscheidt, EuZW 2003, 613 (613).

¹⁴²⁰ Art. III-153 CONV 614/03.

zuständigen Behörden sowie durch die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen und erforderlichenfalls durch die Angleichung der strafrechtlichen Bestimmungen ein hohes Sicherheitsniveau zu gewährleisten. Die Union erleichtert den Zugang zum Recht, insbesondere durch den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen in Zivilsachen. Diese Handlungsgrundsätze werden auch in Art. I-41 Abs. 1 und Art. I-42 des Entwurfes unterstreichend aufgeführt.

Diese sehr lang geratene Definition bezeichnet damit als Hauptbestandteile des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts die Achtung der Grundrechte, die Realisierung der Freizügigkeit, die Gewährleistung eines hohen Sicherheitsniveaus durch Maßnahmen zur Prävention und durch die Kriminalitätsbekämpfung, sowie die Erleichterung des Zugangs zum Recht. Dabei wird der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung ausdrücklich aufgenommen. Sie entspricht inhaltlich weitgehend der in Teil 1 entwickelten Definition¹⁴²¹. Die Definition im Verfassungsvertragsentwurf legt – wahrscheinlich wegen der Eindrücke der Ereignisse des 11. September 2001 in New York – ein größeres Schwergewicht auf die innere und äußere Sicherheit.

II. Maßnahmen im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen

Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen wird in Art. III-170 des Entwurfes geregelt. Nach dieser Regelung beschränkt sich die Zusammenarbeit noch immer auf die Materien mit grenzüberschreitenden Bezügen. Sie unterscheidet sich aber in vielerlei Hinsicht von Art. 65 EG.

1. Aufgabe des Binnenmarkterfordernisses

Die gravierendste, ins Auge fallende Änderung, ist die Aufgabe des Tatbestandsmerkmals der Erforderlichkeit für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes. Zur Begründung gab der Konvent an, dass während Art. 65 EG noch eng mit der Freizügigkeit im Rahmen des Binnenmarktes verknüpft sei, unterfalle die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nunmehr eindeutig dem Titel Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts¹⁴²². Die Beschränkung auf den grenzüberschreitenden Bezug genüge zur Beschränkung der Kompetenz.

Diese Begründung zeigt nochmals die Aufwertung des Zieles der Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Es wird verdeutlicht, dass es sich hierbei um eine eigenständige Politik handelt. Teil dieser eigenständigen

¹⁴²¹ Teil 1, C.III.

¹⁴²² CONV 614/03, Anmerkung zu Art. 14.

Politik ist aber gerade auch die Freizügigkeit. Insofern überschneidet sich der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts mit dem Binnenmarktkonzept. Weiterhin statuiert Art. III-170 des Entwurfes ebenso wie Art. I-41 Abs. 1 2. Spiegelstrich, dass die Zusammenarbeit auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen beruht. Die gegenseitige Anerkennung von außergerichtlichen und gerichtlichen Entscheidungen ist aber gerade eine der wesentlichen Auswirkungen der Realisierung des Binnenmarktes auf die Maßnahmen im Bereich des Privatrechts.

Durch die Aufgabe des Tatbestandsmerkmals fallen jedoch unproblematisch alle Bereiche des Privatrechts unabhängig von einem Bezug zu den Grundfreiheiten und auch die Regelung des Verhältnisses zu Drittstaaten in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift¹⁴²³. Da der Binnenmarktbezug aber auch im Rahmen des Art. 65 EG schon sehr weit auszulegen war¹⁴²⁴, bedeutet dies letztlich für das internationale Privatrecht keine Änderung.

2. Erlass verbindlicher Maßnahmen

Art. 170 III-1 Abs. 1 S. 2 des Entwurfes enthält auch eine ausdrückliche Rechtsangleichungskompetenz, die in Abs. 2 präzisiert wird. Dabei wird für das internationale Privatrecht nicht mehr die Förderung, sondern die Sicherstellung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen und Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten als Zweck der Gesetze und Rahmengesetze festgelegt. Damit verdeutlicht der Entwurf, dass nicht lediglich unverbindliche Maßnahmen erlassen werden dürfen, sondern Gesetze und Rahmengesetze.

Eine Sachrechtsvereinheitlichung im materiellen Recht ist aber auf Grundlage dieser Vorschrift noch immer nicht möglich¹⁴²⁵. Lediglich für das Zivilprozessrecht findet sich jetzt in Art. III-170 Abs. 2 lit. e und f des Entwurfes eine Grundlage mit der Zielsetzung, ein hohes Niveau hinsichtlich des Zugangs zum Recht und die reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren, erforderlichenfalls durch Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden zivilrechtlichen Verfahrensvorschriften sicherzustellen. Dies zeigt, dass eine Sachrechtsvereinheitlichung auf anderen Gebieten gerade nicht möglich sein soll.

¹⁴²³ Auch: *Jayme/Kohler*, IPRax 2003, 485 (486).

¹⁴²⁴ Teil 3, A.I.2.a.

¹⁴²⁵ Anders: *Jayme/Kohler*, IPRax 2003, 485 (486).

Zwar wird der Wortlaut nunmehr insoweit geändert, als die aufgeführten Materien „unter anderem“ der Zusammenarbeit in Zivilsachen zugeordnet werden (Art. III-170 Abs. 2). Dies entspricht jedoch bereits der Auslegung des Art. 65 EG¹⁴²⁶, so dass auch zur Einbeziehung der Sachrechtsharmonisierung auf die entsprechenden Ausführungen¹⁴²⁷ verwiesen werden kann.

3. Verfahren

Es gilt grundsätzlich das Verfahren der Mitbestimmung (Art. III-302 des Entwurfes). Eine Ausnahme findet sich in Art. III-170 Abs. 3 des Entwurfes für die Maßnahmen in Familiensachen. Diese werden weiterhin vom Rat einstimmig und nach Anhörung des Europäischen Parlamentes beschlossen. Der Ministerrat kann jedoch einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Parlamentes einen Europäischen Beschluss erlassen, durch den die Aspekte des Familienrechts mit grenzüberschreitenden Bezügen festgelegt werden, die Gegenstand von Rechtsakten sein können, die nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden.

Diese Vorschrift steht in Konflikt mit Art. 67 Abs. 2 EG. Hiernach hatte der Rat bis zum 30. April 2004 die Möglichkeit, nach Anhörung des Parlamentes einen Beschluss fassen, auch für Maßnahmen, welche familienrechtliche Aspekte betreffen, das Mitentscheidungsverfahren einzuführen. Der Rat hat einen solchen Beschluss nicht gefasst. Das Verfahren für die Einführung des Mitentscheidungsverfahrens für Maßnahmen, welche familienrechtliche Aspekte betreffen, wurde damit im Vergleich zu der vorher bestehenden Lage erschwert, da nun zusätzlich ein entsprechender Vorschlag der Kommission notwendig ist. Es scheint auch eine teilweise Überführung von Materien des Familienrechts nicht mehr möglich.

Die Regelung im Entwurf zum Verfassungsvertrag ist zeitlich unbegrenzt, insofern wird hier also integrationspolitisch zurückgerudert. Problematisch wird dies, wenn aufgrund der bestehenden Rechtslage eine Untätigkeitsklage gegen den Rat erhoben wird.

Gemäß Art. III-159 des Entwurfes legt der Europäische Rat die strategischen Leitlinien für die legislative und operative Programmplanung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts fest.

¹⁴²⁶ Siehe Teil 3, A.I.2.c. Aus diesem Grund bewirkt auch die Ausweitung der ausdrücklich genannten Materien (hohes Niveau hinsichtlich des Zugangs zum Recht, Entwicklung alternativer Methoden für die Beilegung von Streitigkeiten; Unterstützung bei der Weiterbildung von Richtern und Justizbediensteten) keine Ausweitung der Kompetenz, da diese Materien schon vorher umfasst waren.

¹⁴²⁷ Siehe Teil 3, A.I.2.c.

4. Gerichtliche Zuständigkeit

Die Sondervorschrift des Art. 68 EG entfällt im Entwurf. Das Vorabentscheidungsverfahren richtet sich somit nach Art. III-273 des Entwurfes. Jedes mitgliedstaatliche Gericht, nicht lediglich das letztinstanzliche, ist damit vorlageberechtigt. Das objektive Beurteilungsverfahren, das in Art. 68 Abs. 3 EG enthalten ist, wird ersatzlos entfallen.

Dies ist auch folgerichtig, denn nach Art. 67 Abs. 2 EG sollte der Rat bis zum 30. April 2004 einen Beschluss fassen, wonach die Bestimmungen über die Zuständigkeit angepasst werden. Ein solcher Beschluss ist nicht gefasst worden, jedoch wurde festgestellt, dass hier eine unmittelbare Anwendung in Betracht kommt¹⁴²⁸. Art. 68 EG hatte damit schon mit dem 1. Mai 2004 seine Bedeutung verloren.

Zu begrüßen ist die Möglichkeit der Einrichtung von Fachgerichten nach Art. III-264 des Entwurfes¹⁴²⁹. Damit steht der Weg frei, ein privatrechtliches Gemeinschaftsgericht zu errichten. Der Gesetzgeber ist nicht mehr auf die dem Gericht erster Instanz beigeordnete Bildung gerichtlicher Kammern beschränkt.

5. Kompetenz der Mitgliedstaaten

In formeller Hinsicht handelt es sich bei Art. III-170 des Entwurfes um eine geteilte Kompetenz (Art. I-13 Abs. 2 des Entwurfes). Dies bedeutet gemäß Art. I-11 Abs. 2 des Entwurfes, dass die Union und die Mitgliedstaaten die Befugnis beibehalten, in diesem Bereich gesetzgeberisch tätig zu werden und verbindliche Rechtsakte zu erlassen. Die Mitgliedstaaten können ihre Befugnisse jedoch nur dann wahrnehmen, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat oder entschieden hat, sie nicht auszuüben. Den Mitgliedstaaten verbleibt damit keine Zuständigkeit mehr, wenn die Union auf dem Gebiet tätig geworden ist¹⁴³⁰.

Die Zuständigkeit der Union unterliegt aber weiterhin dem Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip. Das Subsidiaritätsprinzip wurde sogar durch ein Frühwarnsystem gestärkt. Die einzelstaatlichen Parlamente haben nunmehr eine Prüfungsbefugnis (Nr. 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit). Damit genügt innerhalb der Rechtsakte nicht mehr die schlichte Behauptung, das Subsidiaritätsprinzip würde geachtet,

¹⁴²⁸ Teil 1, C.IV.4.

¹⁴²⁹ Dazu: *Ruffert*, EuR 2004, 165 (185).

¹⁴³⁰ Enger: *Jayme/Kohler*, IPRax 2003, 485 (486).

sondern es ist eine eingehende Begründung erforderlich¹⁴³¹. Im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist nunmehr eindeutig festgelegt, dass sich diese auch auf die Wahl der Handlungsform bezieht (Art. I-9 Abs. 4 des Entwurfes)¹⁴³².

III. Änderung der Vorgaben für die Ausgestaltung der Rechtsakte

Für die formelle Ausgestaltung ist zu beachten, dass sich die Rechtsetzungsinstrumente der Union im Vergleich zu der Gemeinschaft ändern. Art. I-32 des Entwurfes stellt folgende Instrumente zur Verfügung: Europäisches Gesetz, Europäisches Rahmengesetz, Europäische Verordnung, Europäischer Beschluss, Empfehlung und Stellungnahme

Das Europäische Gesetz ist ein Gesetzgebungsakt mit allgemeiner Geltung. Es ist in allen seinen Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Es ist damit mit der Verordnung des Art. 249 EG vergleichbar und das für die Vergemeinschaftung geeignete Instrument¹⁴³³.

In inhaltlicher Hinsicht darf nicht übergangen werden, dass ein Binnenmarktbezug nicht mehr bestehen muss. Durch die Vorgabe, dass die Akte auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen basieren müssen, werden aber hinsichtlich des IPR viele Vorgaben, die sich vormals aus dem Binnenmarktbezug ergeben haben, übernommen. Hieraus ergibt sich beispielsweise die Legitimierung für die Abschaffung der Exequatur für zivilgerichtliche Entscheidungen, und auch für die Beseitigung der Gründe für Versagung der Anerkennung, einschließlich der *ordre public*-Klausel beziehungsweise für deren Auslegung als gemeineuropäischer *ordre public*.

IV. Ergebnis

Die Ergebnisse der Arbeit ändern sich durch die Neuregelungen im Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa nicht in wesentlichen Punkten. Es kann aber festgestellt werden, dass die Bestimmungen teilweise klarer sind und weniger Anlass geben, an der großen Reichweite der der Kompetenz der Gemeinschaft zu zweifeln.

¹⁴³¹ *ter Steeg*, EuZW 2003, 325 (326).

¹⁴³² *Schwarze*, EuR 2003, (542).

¹⁴³³ Teil 4, A.I.