

DER RAUM DES RECHTS UND DAS INTERNATIONALE PRIVATRECHT

Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow *

UDK: 341.9.01

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: listopad 2011.

Der Beitrag analysiert für das Privatrecht das Konzept eines Raumes des Rechts, wie er nach Art. 81 AEUV angestrebt wird. In dem Auftrag dieser Vorschrift klingt das Konzept Savignys vom internationalen Privatrecht an: Rechtssicherheit, das heißt die Sicherheit der Rechte, ist dadurch zu verwirklichen, dass für jedes Rechtsverhältnis ein maßgebliches Recht bestimmt wird, das unabhängig vom Gerichtsstand überall in der Europäischen Union Anwendung findet. Ein solcher Raum des Rechts hat auch Außenbeziehungen, deren einheitliche Regelung in Bezug auf das anwendbare Recht, die internationale Zuständigkeit sowie die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen à la longue unausweichlich ist. Für die Innenbeziehungen führt die Verlagerung der Rechtsetzungskompetenz auf die Europäische Union dagegen zu einem Funktionswandel des IPR: Es geht nicht mehr nur um Abgrenzung einer Rechtsordnung nach außen, sondern um die Übernahme einer Schiedsrichterfunktion gegenüber den Mitgliedstaaten.

Schlüsselwörter: Der Raum des Rechts, Außenbeziehungen, Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen und andere EU-Politiken, Internationales Privatrecht

I. EINLEITUNG

Gemäß Art. 61 lit. c) EG (Art. 67 Abs. 1 und 4, Art. 81 AEUV¹) erlässt die Europäische Gemeinschaft „zum schrittweisen Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ... Maßnahmen im Bereich der justiziellen

* Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mittelweg 187, Hamburg, und Professor an der Universität Hamburg, Rothenbaunchaussee 33, Hamburg

¹ Vorschriften in Klammern sind solche des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 9.5.2008, ABl. 2008 C 115/47.

Zusammenarbeit in Zivilsachen gemäß Art. 65.“ Nach dieser Vorschrift bezieht sich die Tätigkeit der Gemeinschaft insbesondere auf verschiedene Gebiete des internationalen Zivilprozessrechts und des internationalen Privatrechts sowie auch auf das materielle Zivilverfahrensrecht. Sie bezieht sich also auf die Rechtsgebiete, denen die wissenschaftliche Arbeit von *Krešimir Sajko* seit Jahrzehnten gewidmet ist. Am Vorabend des Beitritts Kroatiens zur Europäischen Union werden ihn die folgenden Überlegungen zur Bedeutung dieses Politikfeldes deshalb, wie der Verfasser in langjähriger Verbundenheit hofft, besonders interessieren.

Es ist bemerkenswert, dass der primärrechtlichen Ausgestaltung dieses Tätigkeitsfeldes der Gemeinschaft keine Zielvorgabe in Artt. 2 und 3 EG entspricht; eine solche Zielvorgabe ist lediglich für die Europäische Union in Art. 2, 4. Spiegelstrich EU vorgesehen. Der Vertrag von Lissabon wird in dieser Hinsicht die mangelnde Konsistenz von Zielvorgabe und Instrumentarium beseitigen.² Für die folgenden Ausführungen sei unterstellt, dass die mangelnde Übereinstimmung bislang lediglich auf ein redaktionelles Versehen zurückzuführen ist und die Gemeinschaft schon jetzt auf das Ziel eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verpflichtet ist.

Die Intensivierung zivilrechtspolitischer Aktivitäten im europäischen Raum weist auf die Notwendigkeit hin, die Rolle des Privatrechts in der Gemeinschaft in einem umfassenden Sinne zu reflektieren. Dies wird auch durch die rasante kollisionsrechtliche Gesetzgebungstätigkeit während des letzten Jahrzehnts nahegelegt. Die Zuständigkeit der Gemeinschaft nach Art. 65 besteht ja gerade erst seit einem Jahrzehnt.³

Blicken wir zurück: Die Tinte unter dem Vertrag von Amsterdam war kaum getrocknet, als die Verantwortlichen im Dezember 1998 einen Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung seiner Bestimmungen über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts beschlossen.⁴ Darin werden als Ziele für die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen die „Rechtssicherheit“ und der „gleiche Zugang zum Recht“ ge-

² Art. 4 Abs. 2 lit. j) und Titel V (Artt. 67 ff.) AEUV.

³ Eingeführt durch den Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, geschlossen in Amsterdam am 2. Oktober 1997, ABl. 1997 C 340, in Kraft getreten am 1. Mai 1999.

⁴ Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrages über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts; Vom Rat (Justiz und Inneres) am 3. Dezember 1998 angenommener Text, ABl. 1999 C 19/1.

nannt. Dies bedeute: „unproblematische Feststellung des zuständigen Gerichts, eindeutige Festlegung des anwendbaren Rechts, zügige und gerechte Verfahren sowie eine wirksame Vollstreckung.“⁵ Eine Fülle von Maßnahmen sollte innerhalb von fünf oder sogar von zwei Jahren getroffen werden, darunter solche zum internationalen Deliktsrecht und zum internationalen Vertragsrecht sowie Maßnahmen zu zahlreichen Fragen des internationalen Zivilprozessrechts bis hin zum internationalen Ehescheidungsrecht.⁶

Bekanntlich sind diese Pläne mittlerweile in erheblichem Umfang verwirklicht worden. Zwar hat es bis zur Verabschiedung der Rom II-Verordnung über das auf die außervertragliche Haftung anzuwendende Recht immerhin neun Jahre gedauert,⁷ doch ist dies ein kurzer Zeitraum, wenn man bedenkt, über wie viele Jahrzehnte die internationale Gemeinschaft vergeblich versucht hat, eine Vereinheitlichung des internationalen Deliktsrechts auch nur für Teilgebiete zu erreichen. Mit der Rom I-Verordnung⁸ ist auch die Überarbeitung des Römischen Übereinkommens von 1980⁹ abgeschlossen, und die Rom III-Verordnung hat Ende 2010 im Verfahren der verstärkten Zusammenarbeit ein gemeinsames internationales Ehescheidungsrecht für 14 Mitgliedstaaten geschaffen;¹⁰ im internationalen Zivilverfahrensrecht sind innerhalb weniger Jahre Verordnungen zur Zustellung¹¹, zur Beweisaufnahme¹², zur Zuständigkeit in allgemeinen

⁵ Dort Tz. 16.

⁶ Dort Tz. 40-41.

⁷ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. 2007 L 199/1; in Kraft getreten am 11. Januar 2009.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. 2008 L 177/6.

⁹ Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980, ABl. 1980 L 266/1; konsolidierte Fassung des Übereinkommens, geändert durch spätere Beitrittsübereinkommen: ABl. 2005 C 334/1.

¹⁰ Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABl. 2010 L 343/10.

¹¹ Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten, ABl. 2000 L 160/37.

¹² Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen, ABl. 2001 L 174/1.

Zivilsachen und in Ehesachen sowie zur Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen auf diesen Gebieten¹³, darüber hinaus auch zum Insolvenzverfahren¹⁴ und zum internationalen Unterhaltsrecht¹⁵ verabschiedet worden.

Dies ist wahrlich eine erstaunliche Erfolgsbilanz und ein Grund, innezuhalten und zu überlegen, was hier eigentlich mit der Materie des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts geschieht. Dies soll im Folgenden in vier Abschnitten geschehen. Der erste ist der Frage gewidmet, was unter einem Raum des (privaten) Rechts zu verstehen ist, *infra* II. Der zweite Abschnitt unterscheidet sodann die Innenansicht und die Außenansicht dieses Raumes, *infra* III. Als Drittes wird es um das Verhältnis dieses Raumes zu anderen europäischen Räumen gehen, insbesondere zum Binnenmarkt, also um das Verhältnis zu anderen Gemeinschaftspolitiken, denen Europa ja ebenfalls eine privatrechtliche und auch internationalprivatrechtliche Gesetzgebung verdankt, *infra* IV. Am Ende steht als Viertes ein Hinweis auf die Besonderheiten, die sich durch die Ablösung der Gesetzgebungszuständigkeit für das Kollisionsrecht von der Gesetzgebungszuständigkeit für das materielle Privatrecht ergeben, *infra* V. Allesamt also relativ abstrakte Fragen, deren Bedeutung für die Praxis aber ohne weiteres zu ermesen ist.

II. RAUM UND BEGRIFF DES RECHTS

Das Ziel, einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ zu schaffen, weicht in der deutschen Vertragsversion deutlich ab von anderen

¹³ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001 L 12/1 („Brüssel-I-Verordnung“); Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. 2003 L 338/1 („Brüssel-IIa-Verordnung“ oder „EuEheVO“).

¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. 2000 L 160/1.

¹⁵ Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. 2009 L 7/1.

Sprachfassungen des Vertrages. Die französische Fassung spricht, statt von einem Raum des Rechts, von einem „espace de liberté, de sécurité et de justice“, ganz entsprechend geht es auch in der englischen Fassung um „an area of freedom, security and justice.“ Stichproben in anderen Gemeinschaftssprachen - Dänisch, Italienisch, Niederländisch, Polnisch, Schwedisch - bestätigen den Befund: Ziel der Gemeinschaftspolitik ist ein Raum der Gerechtigkeit. Der deutsche Begriff des Rechts ist demgegenüber ja bekanntlich mehrdeutig. Neben dem „Rechte das mit uns geboren“¹⁶, von dem in Goethes Faust die Rede ist, beziehen wir den Begriff des Rechts auch auf das positive Recht, die Gesetze. Sie sind aber, wie man aus den anderen Sprachfassungen entnehmen kann, in Art. 61 EG (Art. 67 AEUV) nicht gemeint.

Welche Vorstellungen lassen sich nun mit dem Begriff der Gerechtigkeit in Art. 61 EG verbinden? Die Urheber des Vertrages von Amsterdam waren vermutlich keine Rechtsphilosophen und haben sich darüber vielleicht keine vertieften Gedanken gemacht. Und doch lässt das bereitgestellte Instrumentarium Rückschlüsse darauf zu, wie die Gerechtigkeit in Europa nach ihren Vorstellungen aussehen soll. Nicht intendiert ist offensichtlich eine Rechtslage, nach der gleichförmige Konfliktsituationen auch überall in Europa in der Sache gleich entschieden werden, unabhängig davon, ob sich der Konflikt in England, Ungarn oder Portugal zugetragen hat und welchen Staaten die Beteiligten zuzuordnen sind. Wäre dies intendiert gewesen, so hätte Art. 65 unzweideutig auf die Vereinheitlichung des materiellen Rechts abstellen müssen. Doch eine solche Kompetenz ist der Gemeinschaft dort nicht zugewiesen worden. Soweit nicht andere Politiken der Gemeinschaft eine Vereinheitlichung des materiellen Privatrechts ermöglichen oder vorschreiben, bleibt es deshalb bei sachlich potenziell divergierendem nationalen Privatrecht.

Wenn Art. 61 trotz solcher Rechtsunterschiede von einem Raum des Rechts oder der Gerechtigkeit spricht, so stehen dahinter also offenbar geringere Ambitionen. Nicht *Blaise Pascal* stand hier Pate mit seiner ironischen Bemerkung: „Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà.“¹⁷ Während *Pascal* schlussfolgert, dass sich der Mensch in seinem Handeln wegen der Uneinheitlichkeit des Rechts nicht von der Gerechtigkeit leiten lassen dürfe, beruht Art. 61 EG gerade auf der entgegengesetzten Annahme, dass der europäische Gesetzgeber trotz der Divergenzen zwischen nationalen Rechts-

¹⁶ Johann Wolfgang von Goethe, Faust I, Vers 1978 / *Mephistopheles*.

¹⁷ *Blaise Pascal*, Pensées, éd. Lafuma, Paris 1973, Nr. 108.

ordnungen die Gerechtigkeit verwirklichen könne, und zwar durch Rechtsakte zum internationalen Privat- und Zivilprozessrecht.

Es geht hier offenbar nicht darum, mit der rechtsvergleichenden Methode nationale Wahrheiten und Irrtümer herauszufinden, sondern die unterschiedlichen Regelungen des materiellen Rechts der Mitgliedstaaten als Faktum hinzunehmen und gleichwohl zugunsten der Bürger Gerechtigkeit zu schaffen. Dies lässt sich nicht im Hinblick auf mehrere gleichartige Fälle, sondern nur im Hinblick auf ein und denselben Fall verwirklichen. In Bezug auf die nämlichen Umstände eines einzigen Sachverhalts muss sichergestellt sein, dass Gerichte in der gesamten Gemeinschaft trotz unterschiedlichen materiellen Rechts zu demselben Ergebnis der Rechtsanwendung gelangen. Dies ist theoretisch möglich, wenn jedes Gericht in der Europäischen Gemeinschaft durch einheitliche Verweisungsnormen des internationalen Privatrechts für die Beurteilung dieses Sachverhalts auf dasselbe nationale Privatrecht verwiesen wird. Der Begriff der Gerechtigkeit in Art. 61 EG spiegelt daher das spezifische Gerechtigkeitsverständnis des internationalen Privatrechts wider, wie es zuerst *Savigny*¹⁸ und nach dem Kriege besonders eindrücklich *Konrad Zweigert*¹⁹ beschrieben hat und das letztlich in dem Ziel des Entscheidungseinklangs kulminiert.

Diese Stoßrichtung des internationalen Privatrechts sieht sich erheblicher Kritik ausgesetzt. Ihr wird vor allem die unzulässige Vernachlässigung der prozessualen Aspekte der Rechtsverwirklichung vorgeworfen. Verfahren richte sich stets nach der *lex fori*, so dass auch nach einer vollständigen Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts erhebliche Unterschiede verbleiben, insbesondere bei der Beweiserhebung, der Beweiswürdigung, der Ausfüllung richterlichen Ermessens und bei der Anwendung des materiellen Rechts. Diese Beobachtungen führen *Trevor Hartley* in seiner Haager Vorlesung zu der sehr scharfen Schlussfolgerung, dass „attempts to attain international uniformity of result are futile. However, they are more than futile: they can be positively

¹⁸ *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Achter Band, Berlin 1849, S. 26 f. („[...] wünschenswerte Gegenseitigkeit in der Behandlung der Rechtsverhältnisse [...]“; „Denn diese Gleichheit muß in vollständiger Ausbildung dahin führen, daß nicht bloß in jedem einzelnen Staate der Fremde gegen den Einheimischen nicht zurückgesetzt werde, [...] sondern daß auch die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Kollision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jedem Staate das Urtheil gesprochen wurde.“).

¹⁹ *Konrad Zweigert*, Die dritte Schule im Internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Leo Raape, Hamburg 1948, S. 35, 49-52.

harmful ... Legitimate policy considerations and the interests of the parties are often ignored. Futile attempts to attain international uniformity of decision thus distort the choice-of-law process, thereby jeopardizing other (attainable) objectives. This is the unwelcome part of *Savigny's* legacy."²⁰

Hier geht es nicht darum, letzte Zwecke des internationalen Privatrechts aufzuspüren, sondern darum, den primärrechtlich verfestigten Leitgedanken der internationalprivatrechtlichen Gesetzgebung der Europäischen Gemeinschaft offenzulegen. Diesbezüglich wird man den Einfluss *Savignys* nach den voranstehenden Überlegungen zu Art. 61 kaum bezweifeln können. Allerdings haben die Urheber des Art. 61 EG durchaus die prozessuale Dimension erkannt und der Gemeinschaft in Art. 65 eine umfassende Gesetzgebungszuständigkeit für Fragen des internationalen Zivilprozessrechts, aber auch des materiellen Zivilprozessrechts zugewiesen. Soweit die Verfahrensunterschiede in den Mitgliedstaaten den Entscheidungseinklang vereiteln, lautet die Schlussfolgerung daher nicht, auf das einheitliche Kollisionsrecht zu verzichten, sondern es durch eine entsprechende Harmonisierung des Verfahrensrechts oder einzelner seiner Teile zu ergänzen.

III. DER RAUM DES RECHTS - INNEN- UND AUSSENANSICHT

Der europäische Raum des Rechts ist zunächst konzipiert worden für privatrechtliche Rechtsbeziehungen mit grenzüberschreitender Dimension innerhalb der Europäischen Union. Die schon in Art. 220 EWGV (dann: Art. 293 EG)²¹ enthaltene Aufforderung an die Mitgliedstaaten zur „Vereinfachung der Förmlichkeiten für die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung richterlicher Entscheidungen ...“ verdeutlicht diesen begrenzten geographischen Anspruch, und auch Art. 65 EG überträgt der Gemeinschaft eine Gesetzgebungskompetenz nur, „soweit ... für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ...“. Ebenso spiegelt das sekundäre Gemeinschaftsrecht diese räumliche Begrenzung auf den „Innenraum“ der Union: Einheitliche Regeln für die Anerkennung und Vollstreckung sind in den Brüssel I und II-Verordnungen nur für Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten vorgesehen, die Zustellungs- und

²⁰ *Trevor C. Hartley*, *The Modern Approach to Private International Law - International Litigation and Transactions from a Common Law Perspective*, in: *Recueil des Cours - Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Band 319 (2006), S. 29 f.

²¹ Im Vertrag von Lissabon gestrichen.

Beweisverordnung betreffen nur die internationale Rechtshilfe innerhalb der Europäischen Union, und auch die europäische Insolvenzverordnung greift mit ihren Vorschriften über internationale Zuständigkeit und Anerkennung nicht über den Kreis der Mitgliedstaaten hinaus. Kollisionsrecht ist aus dieser Sicht das Innenprivatrecht der Europäischen Union.

Schon früh wurde dem gegenüber auf die handelspolitische und integrationspolitische Bedeutung hingewiesen, die der einheitlichen Regelung des auswärtigen Rechtsverkehrs der Gemeinschaft mit bestimmten Drittstaaten zukommt²². Bis zu einer Öffnung des europäischen Rechtsraumes gegenüber Drittstaaten hat es indessen lange gedauert. Die Mitgliedstaaten haben bis in die jüngste Vergangenheit die Regelung der Beziehungen zu Drittstaaten für sich reklamiert und der Gemeinschaft die Kompetenz dazu abgesprochen.

Erst ganz allmählich hat sich in der Rechtsprechung, aber auch in der europäischen Gesetzgebung die Überzeugung durchgesetzt, dass der Raum des Rechts sich auch nach außen möglichst einheitlich zu präsentieren hat. So hat der Gerichtshof erstmalig im Jahre 2000 im Falle *Group Josi*²³ und später dann nachdrücklich im Falle *Owusu*²⁴ im Jahre 2005 bestätigt, dass es für die Anwendung der Zuständigkeitsvorschriften des Brüsseler Übereinkommens bzw. der Brüssel I-Verordnung im Allgemeinen nicht darauf ankommt, ob der Wohnsitz des Klägers innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft liegt, und dass ein Sachverhalt auch nicht Beziehungen zu mehreren Mitgliedstaaten haben muss, um von diesen Zuständigkeitsvorschriften erfasst zu werden.

Dass eine einheitliche Regelung des Rechtsverkehrs mit Drittstaaten von Vorteil ist, haben die Mitgliedstaaten selbst im Jahre 1988 durch den Abschluss des Lugano-Übereinkommens verdeutlicht, das sie noch im Wege der intergouvernementalen Zusammenarbeit ausgehandelt haben.²⁵ Dieses Übereinkommen ermöglicht in Art. 62 ausdrücklich auch den Beitritt von Drittstaaten, die weder der Europäischen Union noch der Europäischen Freihandelsassoziation angehören; nicht einmal die Lage dieser Staaten in Europa ist vorgeschrieben.

²² Jürgen Basedow in: Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts, Band I, Rz. 166-169.

²³ EuGH 13.7.2000, Rs. C-412/98 (*Group Josi Reinsurance Company SA ./ Universal General Insurance Company (UGIC)*), Slg 2000, I-5925.

²⁴ EuGH 1.3.2005, Rs. C-281/02 (*Andrew Owusu ./ N. B. Jackson u.a.*), Slg 2005, I-1383.

²⁵ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, geschlossen in Lugano am 16. September 1988, ABl. 1988 L 319/9.

Das Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam und der Erlass der darauf gestützten Brüssel I-Verordnung hat die Rechtslage insofern verändert, als die Gemeinschaft nunmehr nach dem Grundsatz der implied powers auch die ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen über die internationale Zuständigkeit sowie die Anerkennung und Vollstreckung von zivilgerichtlichen Entscheidungen mit Drittstaaten hat. Dies hat der Gerichtshof in seinem Gutachten zur Revision des Lugano-Übereinkommens festgestellt.²⁶ Damit ist auch klar, dass die Union, soweit sie selbst keine Verträge mit Drittstaaten über die fraglichen Gegenstände abschließt, die Rechtsbeziehungen zu diesen Drittstaaten auch einseitig regeln kann, gerade so, wie die Mitgliedstaaten ja vielfach auch ihrerseits einseitige Vorschriften über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen erlassen haben. Für den Bereich des internationalen Zivilprozessrechts zeichnen sich erste Vorschläge für solche einseitigen Regelungen ab.²⁷

Im Bereich des internationalen Privatrechts sind sie dagegen schon verwirklicht. Die Rom II-Verordnung über das auf die außervertragliche Haftung anzuwendende Recht ist gemäß ihrem Art. 3 auch dann anzuwenden, wenn das von der Verordnung bezeichnete Recht nicht das Recht eines Mitgliedstaates ist. Dieser Grundsatz der universellen Anwendung wird auch in der Rom I-Verordnung bekräftigt. In dem jeweiligen sachlichen Anwendungsbereich der beiden Verordnungen wird das nationale Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten daher vollständig verdrängt. Anders ausgedrückt ist das Rechtsanwendungsrisiko für die Parteien im Bereich des materiellen Delikts- und Vertragsrechts stark reduziert worden, soweit für einen Prozess ausschließlich Gerichte in der Europäischen Union in Betracht kommen. Dies ist für Parteien von Vorteil, gleich ob sie ihren Wohnsitz innerhalb oder außerhalb Europas haben.

Es liegt in der Konsequenz dieser Entwicklung, dass der Vertrag von Lissabon für den Erlass von Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen künftig auf die Binnenmarktrelevanz verzichtet, vergleiche Art. 81 AEUV.

²⁶ Gutachten I/03 des Gerichtshofs vom 7. Februar 2006 „Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Abschluss des neuen Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen“, Slg. 2006 I-01145.

²⁷ Vgl. etwa GEDIP, Le règlement « Bruxelles I » et les décisions judiciaires rendues dans les Etats non membres de l'Union européenne - Position du Groupe, 20^{ème} réunion, Copenhague 17-19 septembre 2010; abrufbar unter: http://www.gedip-egpil.eu/gedip_reunions.html.

IV. DER RAUM DES RECHTS UND ANDERE EU-POLITIKEN

Die Artikel 61 und 65 des EG-Vertrages gehörten zu dem Titel IV des dritten Teils des EG-Vertrages über die Politiken der Gemeinschaft.²⁸ Der Titel IV wies dabei eine Reihe von Besonderheiten auf, die seine Handhabung durch Rechtsprechung und Rechtspolitik nicht gerade erleichterten. Das Gesetzgebungsverfahren zeichnete sich, soweit familienrechtliche Aspekte berührt sind, gemäß Art. 67 dadurch aus, dass dem Europäischen Parlament lediglich ein Anhörungsrecht und jedem Mitgliedstaat im Rat ein Vetorecht zustand. Eine Vorlage von Auslegungsfragen an den Europäischen Gerichtshof konnte gemäß Art. 68 nur von letztinstanzlichen Gerichten der Mitgliedstaaten ausgehen. Als drittes war auch der räumliche Geltungsbereich der nach Art. 65 verabschiedeten Maßnahmen beschränkt: für Dänemark galten sie gar nicht, und Großbritannien und Irland konnten sich von Fall zu Fall in die Verhandlungen einschalten. Wieder einmal ein *Europa à la carte* also.

Die Konsequenzen waren zum Teil absurd, so wenn die Brüssel I-Verordnung mit Dänemark noch einmal im Wege eines völkerrechtlichen Vertrages vereinbart werden musste.²⁹ Zum Teil waren sie politisch bedenklich und gefährdeten das Ziel eines europäischen Rechtsraumes. Die Erfahrungen bei der Verabschiedung der Rom I und Rom II-Verordnungen zeigen, dass sich jedenfalls die britische Regierung von einzelnen Interessengruppen hat unter Druck setzen lassen und diesen Druck in den Gremien der Gemeinschaft sodann weitergegeben hat. Im internationalen Familienrecht zeichnet sich eine Totalverweigerung durch die britische Regierung ab mit der Folge, dass EU-Bürger aus den Staaten des Kontinents künftig vor britischen Gerichten nach wie vor mit einer uneingeschränkten Anwendung der *lex fori* rechnen müssen, dies möglicherweise auch, wenn ihre Verbindungen zum Vereinigten Königreich nur vorübergehender Natur sind.

Der Vertrag von Lissabon bringt nur geringfügige Änderungen der bestehenden Rechtslage; die Vorlagebefugnis ist auf alle nationalen Gerichte erstreckt worden, Art. 267 AEUV ist nunmehr generell anwendbar. Im Übrigen wird aber lediglich die Situation Dänemarks insofern flexibler, als dieser Mitgliedstaat

²⁸ Entsprechend Artikel 67 und 81 in Titel V des dritten Teils des AEUV.

²⁹ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16.11.2005, ABl. 2005 L 299/62.

künftig nicht mehr kategorisch von der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen ausgeschlossen ist, sondern sich ähnlich wie das Vereinigte Königreich und Irland von Fall zu Fall in einzelne Projekte einschalten kann.³⁰ Dies ist aber, wie gesagt, nicht unbedingt eine Verbesserung, sondern politisch recht bedenklich. Es ist daher zu überlegen, wie die Gemeinschaft auf die Bestrebungen der drei Staaten, Sonderwege zu beschreiten, reagieren soll. Hierfür zeichnet sich sowohl ein judizieller wie ein legislativer Weg ab. Beide nehmen ihren Ausgang von anderen Prinzipien des EG-Vertrages.

Soweit das abweichende Kollisionsrecht der drei Mitgliedstaaten dazu führt, dass Rechtslagen, die in anderen Mitgliedstaaten begründet wurden, in einem der drei Länder keine Anerkennung finden, kommt eine Überprüfung der betreffenden nationalen Regelungen am Maßstab des primären Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Verkehrsfreiheiten oder dem Grundrecht auf Freizügigkeit für europäische Bürger in Betracht. Es sei daran erinnert, dass der Gerichtshof schon 1993 im Fall *Konstantinides* die Transliteration eines griechischen Namens in die lateinische Schrift nach Maßgabe einer CIEC-Konvention wegen Verletzung der Niederlassungsfreiheit des Betroffenen verworfen hat.³¹ 2003 hat der Gerichtshof dann belgische Vorschriften über den Familiennamen von Kindern wegen Verstoßes gegen die Freizügigkeit europäischer Bürger kritisiert, weil die fraglichen Kinder aus einer belgisch-spanischen Mischehe in Belgien nicht befugt waren, den in Spanien gebräuchlichen Nachnamen zu tragen.³² Nach ähnlichen Äußerungen von Generalanwalt *Jacobs* und der Generalanwältin *Sharpston* hat der Gerichtshof 2008 in einem weiteren namensrechtlichen deutsch-dänischen Fall *Grunkin-Paul* in die gleiche Richtung entschieden.³³

Zwar verzichtet der Gerichtshof in diesen Fällen auf eine unmittelbare Rüge des nationalen Kollisionsrechts, erklärt aber doch das praktische Ergebnis, zu dem dessen Anwendung führt, für gemeinschaftsrechtswidrig. Dies ist bekanntlich auch im internationalen Gesellschaftsrecht in mehreren Entscheidungen geschehen.³⁴ In der Folge kann die Sitztheorie des internationalen Gesellschafts-

³⁰ Vgl. zur Änderung des Dänemark-Protokolls des Amsterdamer Vertrags im Vertrag von Lissabon: *Jürgen Basedow*, Editorial in *EuZW* 2009, Heft 5, S. V.

³¹ EuGH 30.3.1993, Rs. C-168/91 (*Christos Konstantinidis*), Slg. 1993, I-1191.

³² EuGH 2.10.2003, Rs. C-148/02 (*M. Carlos Garcia Avello ./. Belgischer Staat*), Slg. 2003 I-11613.

³³ EuGH 14.10.2008, Rs. C-353/06 (*Grunkin und Paul*), Slg. 2008 I-07639.

³⁴ EuGH 9.3.1999, Rs. C-212/97 (*Centros Ltd ./. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), Slg. 1999 I-01459; EuGH 5.11.2002, Rs. C-208/00 (*Überseering BV ./. Nordic Construction Company*

rechts, der mehrere Mitgliedstaaten bislang gefolgt sind, nicht aufrechterhalten oder jedenfalls nicht in vollem Umfang durchgesetzt werden. Gegenüber den Mitgliedstaaten, die sich an der Vereinheitlichung des europäischen Kollisionsrechts nicht beteiligen, bietet sich diese Rechtsprechung des Gerichtshofs, soweit das nationale Kollisionsrecht zu Einschränkungen von Freizügigkeit und Freiverkehrsrechten führt, als Korrektiv an.

In legislativer Hinsicht ist daran zu erinnern, dass die Gesetzgebung der Gemeinschaft zum Kollisionsrecht keineswegs in allen Fällen auf Art. 65 EG (Art. 81 AEUV) als Ermächtigungsgrundlage angewiesen ist. Die Gemeinschaft hat schon vor dem Vertrag von Amsterdam Rechtsakte zum internationalen Privatrecht erlassen, die binnenmarktbezogene Kollisionsnormen enthalten und auf entsprechende Grundlagen im EG-Vertrag gestützt wurden. So liegen den Versicherungsrichtlinien³⁵ und damit auch der Kodifizierung des internationalen Versicherungsvertragsrechts die Vorschriften der Artt. 47 und 55 EG (Artt. 53 und 62 AEUV) zugrunde. Für den Erlass der arbeitsrechtlichen Entsenderichtlinie, die im Wesentlichen das Recht des Arbeitsortes für maßgeblich erklärt,³⁶ berief sich die Gemeinschaft auf Artt. 46 und 55 EG (Artt. 52 und 62 AEUV). Diese Bestimmungen sind in ihrem Anwendungsbereich nicht dadurch eingeengt worden, dass später eine eigene Grundlage für die kollisionsrechtliche Gesetzgebung geschaffen wurde.

Baumanagement GmbH (NCC), Slg. 2002 I-09919; EuGH 30.9.2003, Rs. C-167/01 (*Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam ./. Inspire Art Ltd*), Slg. 2003 I-10155.

³⁵ Betreffend die Nichtlebensversicherung: Erste Richtlinie 73/239/EWG des Rates vom 24. Juli 1973 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung, ABl. 1973 L 228/3; Zweite Richtlinie 88/357/EWG des Rates vom 22. Juni 1988 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie zur Änderung der Richtlinie 73/239/EWG, ABl. 1988 L 172/1; Richtlinie 92/49/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG und 88/357/EWG, ABl. 1992 L 228/1; Betreffend die Lebensversicherung: Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen, ABl. 2002 L 345/1.

³⁶ Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18/1.

Soweit Regelungen des Kollisionsrechts für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich sind, kann sich die Kommission daher immer noch auf die dafür geschaffenen Gesetzgebungsgrundlagen berufen. Sie gelten in der gesamten Gemeinschaft uneingeschränkt und lassen es daher nicht zu, dass sich einzelne Mitgliedstaaten ein Europa à la carte zusammen stellen. Es ist Sache der Kommission, für jedes Vorhaben die geeignete Ermächtigungsgrundlage im Vertrag zu finden. Wenn nach dem geltenden Art. 65 EG (Art. 81 AEUV) ein Binnenmarktbezug für die kollisionsrechtliche Gesetzgebung erforderlich ist, so bedeutet dies, dass auch Art. 95 (Artikel 114 AEUV) oder eine andere binnenmarktbezogene Vorschrift des EG-Vertrages als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommt. Wenn nach dem Vertrag von Lissabon der Binnenmarktbezug aus Art. 65 EG gestrichen wird (vergleiche Art. 81 AEUV), so werden viele kollisionsrechtliche Vorhaben ihren Binnenmarktbezug dadurch nicht verlieren; folglich können sie auch in Zukunft noch auf andere Vorschriften als Art. 81 AEUV gestützt werden. Dort ist dann keine Ausnahme für einzelne Mitgliedstaaten vorgesehen.

V. DIE GEMEINSCHAFT ALS SCHIEDSRICHTER

Das internationale Privatrecht und das internationale Zivilprozessrecht treten durch die Gesetzgebung der Gemeinschaft auf diesen Gebieten in eine neue Phase ihrer Entwicklung ein. Die europäischen Staaten haben ihr Kollisionsrecht in der Vergangenheit gerade auch zur Absicherung ihres eigenen materiellen Rechts ausgestaltet. Bei der Fortentwicklung der eigenen Kollisionsnormen spielte stets die Erwägung eine Rolle, dass die Durchsetzung des eigenen Rechts durch Eröffnung von Gerichtsständen und - jedenfalls der Sache nach - die Berufung der *lex fori* gesichert sein müsse.

Viele Kollisionsnormen lassen sich auf diese Weise erklären. Man denke nur an das Staatsangehörigkeitsprinzip im Personen-, Familien- und Erbrecht. Es hat sich im internationalen Privatrecht im Laufe des 19. Jahrhunderts etabliert, als Millionen von Europäern in die Neue Welt emigrierten. Es erlaubte den Gerichten der Herkunftsländer, diese Personen bzw. ihre Nachlässe weiterhin in weitem Umfang nach der *lex fori* zu beurteilen.³⁷ In dem Maße, wie sich Europa seit

³⁷ Jürgen Basedow/Barbara Diehl-Leistner, Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland, in: Jayme/Mansel (Hrsg.), Nation und Staat im Internationalen Privatrecht, 1990, S. 13, 22.

dem Zweiten Weltkrieg zum Einwanderungsland entwickelte, wurden immer stärkere Zweifel am Staatsangehörigkeitsprinzip im IPR laut. Die Anwendung des ausländischen Heimatrechts der Einwanderer wurde zunehmend zur Last. Damals wie heute richtet sich kollisionsrechtliches Denken offenbar stark an dem Interesse jedes Staates an der Absicherung seines Rechts aus. Ähnlich verhält es sich mit der *lex situs* im internationalen Sachenrecht. Sachenrechtliche Prozesse finden üblicherweise in dem Land statt, wo bewegliche oder unbewegliche Sachen belegen sind, so dass die Anknüpfung an den Belegenheitsort fast immer auf die *lex fori* führt. Auch hier haben sich Interessen der Gläubiger, Sicherungsgeber und Vollstreckungsorgane spürbar durchgesetzt.

Die Kollisionsnormen der Einzelstaaten wird man, da sie sich schwerpunktmäßig auf das eigene Sachrecht beziehen, als reflexiv bezeichnen können. Der Gesetzgebung der Europäischen Gemeinschaft zum Kollisionsrecht fehlt demgegenüber der materiellrechtliche Unterbau. Das materielle Privatrecht ist trotz vieler punktueller Maßnahmen der Gemeinschaft doch immer noch in erster Linie nationales Recht. Als kollisionsrechtlicher Gesetzgeber schützt die Gemeinschaft daher nicht ein spezifisches materiellrechtliches Regelungsinteresse, wenn man einmal von der Absicherung ihrer eigenen Richtlinien und Verordnungen durch spezielle Kollisionsnormen absieht. In diesem Bereich, etwa bei der kollisionsrechtlichen Absicherung der Richtlinie 93/13 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen³⁸ durch Art. 6 Abs. 2, agiert die Gemeinschaft ähnlich wie dies bisher die nationalen Kollisionsrechtsgesetzgeber taten, nämlich gleichsam als Mitspieler im Wettbewerb der Rechtsordnungen.

Wo es an einem solchen Bezug zum eigenen materiellen Recht fehlt und die Gemeinschaft gleichwohl die internationale Zuständigkeit unter den Mitgliedstaaten oder das jeweils anzuwendende Recht bestimmt, wird sie dagegen vom Mitspieler zum Schiedsrichter. Ihre Kollisionsnormen beziehen sich auf fremdes Sachrecht, sei es das der eigenen Mitgliedstaaten, sei es das von Drittstaaten; diese Kollisionsnormen sind nicht reflexiv, sondern transitiv. Sie legen Sphären der Rechtsprechung und der Gesetzgebung fest, ohne zu wissen, welche materiellen Ziele damit verfolgt werden. Spannungen zwischen materiellen rechtspolitischen Wertungen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und der Zuständigkeitszuweisung durch die Gemeinschaft sind absehbar. Werden sie zu vermehrten *ordre public*-Erwägungen führen, bei der Frage der Rechtsanwen-

³⁸ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 095/29.

dung und vielleicht sogar bei der internationalen Zuständigkeit der Gerichte? Wird die Gemeinschaft stark genug sein, ihren eigenen Integrationsanspruch gegenüber den zentrifugalen Kräften durchzusetzen?

Am Ende dieser Ausführungen stehen also wieder Fragen, Fragen, die in eine ungewisse Zukunft weisen. Es scheint, als trete der Wettbewerb der Privatrechtsordnungen³⁹, der sich künftig nach neutralen Spielregeln der Gemeinschaft entfalten soll, in ein neues Stadium.

Sažetak

Jürgen Basedow*

PROSTOR PRAVDE I MEĐUNARODNO PRIVATNO PRAVO

Cilj europske integracije je, među ostalim, stvoriti "prostor slobode, sigurnosti i pravde" prema članku 67. UFEU-a. U tome članku daje se odgovor na pitanje što se unutar građanskog prava treba smatrati "prostorom pravde" s obzirom na to da u tom području još nema konkretnog propisa, a članak 81. UFEU-a samo potiče pravosudnu suradnju u "građanskim stvarima s prekograničnim obilježjem", a ne i stvaranje jedinstvenoga europskog prava. Koncept prava, ili bolje pravde, da je sporazum temelj pravnog odnosa poistovjećuje se sa Savignyjevim konceptom iz međunarodnog privatnog prava: svaki se pravni odnos u Uniji treba prosuđivati prema istom materijalnom pravu, neovisno o tome koji je sud nadležan. Kada jednom nastane neka pravna posljedica, registracijom ili sudskom odlukom, treba se priznati u cijeloj Uniji.

Slično kao jedinstveno europsko tržište, i prostor pravde bit će važan za države članice, ali će imati važnost i prema trećim državama. U članku se iznosi postupan razvoj zajedničkih pravila za takve vanjske odnose. Konsolidacija te zajedničke perspektive u području međunarodne nadležnosti, koja je neovisna o pojedinačnim državama članicama, može se

³⁹ *Eva-Maria Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt - Studien zur Privatrechtskoordinierung in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts, Tübingen, 2002 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 74).

* Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, direktor Max Planck instituta za komparativno i međunarodno privatno pravo, Mittelweg 187, Hamburg, i profesor Sveučilišta u Hamburgu, Rothenbaunhausssee 33, Hamburg

pripisati sudskim odlukama koje će zakonodavstvo slijediti. Što se tiče mjerodavnog prava, donošenje kolizijskih pravila s jedinstvenim poljem primjene ovisi o prethodnom dogovoru između država članica.

Izrada nacрта za prostor pravde prema članku 65. UEZ-a, sadašnjem članku 81. UFEU-a, svakako upućuje na nedostatak sljedeće konstrukcije: uvjet jednoglasnosti u Vijeću za pitanja međunarodnog obiteljskog prava te suženo djelovanje za države članice Danske, Irsku i Ujedinjeno Kraljevstvo dopuštaju Europu à la carte koja nije u skladu s temeljima europske integracije. Ostaje otvoreno pitanje u kojoj mjeri drugi instituti ugovora, kao državljanstvo Unije, tržišne slobode ili druga načela koja se odnose na ovlasti, mogu pomoći.

Nije se promijenila samo funkcija međunarodnog privatnog prava prema trećim državama, već i u Uniji. Tamo gdje su prije same države bile gospodari međunarodnog privatnog prava radi zaštite vlastitih institucija od ograničenja izvana, sada Unija preuzima tu ulogu prema trećim državama. U Uniji to je dovelo do raskola između zakonodavca međunarodnog privatnog prava i materijalnog prava. Time je zakonodavac kolizijskih normi od sudionika međunarodnog natjecanja između pravnih poredaka postao sudac u natjecanju unutar Zajednice.

Ključne riječi: prostor pravde, vanjski odnosi, pravosudna suradnja u građanskopravnim stvarima i druge politike EU, međunarodno privatno pravo