
Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza

Christian Kohler*

Inhalt

I.	Die dritte Generation des europäischen Kollisionsrechts	575
II.	Das europäische Kollisionsrecht nach Amsterdam und Nizza: Institutioneller Rahmen und politische Kräfte	577
	1. Die neue Gemeinschaftszuständigkeit im Kompetenzgefüge des EGV	577
	2. Die Änderungen durch den Vertrag von Nizza	581
III.	Das internationale Privatrecht im Binnenmarkt: Regulations- prinzip oder Fremdkörper?	582
IV.	Die Reduktion des europäischen Kollisionsrechts: Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung als Alternative zum internationalen Privatrecht	586
V.	An den Grenzen der EG-Kompetenzen	591

I. Die dritte Generation des europäischen Kollisionsrechts

Das „europäische“ Kollisionsrecht, verstanden als Inbegriff der in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union geltenden Vorschriften des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, die durch primäres oder sekundäres Gemeinschaftsrecht in Verfolgung der Ziele der europäischen Integration geschaffen oder veranlasst wur-

* Prof. Dr. Christian Kohler ist Abteilungsleiter am EuGH und Honorarprofessor an der Universität des Saarlandes; er äußert nachfolgend seine persönliche Ansicht. Der Beitrag ist die aktualisierte Fassung eines Vortrags, den der Autor am 15.12.2000 in Wien auf Einladung der Juristischen Fakultät der Universität und des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht gehalten hat und der als Heft 9 der Vorlesungen und Vorträge des Institutes veröffentlicht wurde (Wien, 2001). Frau Prof. Gerte Reichelt, der Leiterin des Institutes, sei für die freundliche Zustimmung zur Veröffentlichung in der ZEuS herzlich gedankt.

den, ist mit dem Vertrag von Amsterdam in seine dritte Generation getreten. Die erste Generation wurde im wesentlichen durch Staatsverträge der Mitgliedstaaten gebildet, die ihren Integrationsbezug über den damaligen Art. 220 EWGV erhalten hatten, aber nach Form und Inhalt in der herkömmlichen Tradition der Kollisionsrechtsvereinheitlichung verhaftet waren; es sind dies das EuGVÜ von 1968 (dessen Inhalt später durch das Lugano-Übereinkommen auf die EFTA-Staaten von 1988 erstreckt wurde) und das Römische Übereinkommen über das internationale Privatrecht der Schuldverträge (EVÜ) von 1980, die beide bis heute in Kraft sind. Neben den Staatsverträgen kam es in begrenztem Umfang zu kollisionsrechtlichen Regelungen in einzelnen Sektoren des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts, so im Versicherungsvertragsrecht.¹

Die mit dem Vertrag von Maastricht einsetzende zweite Generation des europäischen Kollisionsrechts wird dadurch geprägt, dass neben die Staatsverträge zunehmend Rechtsakte des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts treten, die in sogenannten Anwendungsnormen kollisionsrechtsrelevante Regelungen enthalten; von ihnen wird später noch die Rede sein.² Die bestehenden Staatsverträge wurden im übrigen durch zwei Übereinkommen ergänzt, die im Rahmen der dritten Säule der Unionsstruktur des Vertrages von Maastricht unter dem institutionellen Schirm des Rates zustande gekommen sind. Beide Übereinkünfte – das am 26. Mai 1997 geschlossene Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten der EU³ und das am 28. Mai 1998 unterzeichnete Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen („Brüssel II“)⁴ – sind nicht in Kraft getreten und inzwischen von der Entwicklung überholt worden. Ein weiteres Übereinkommen, das nach Art. 220 EGV vorbereitete und am 23. November 1995 von 14 Mitgliedstaaten unterzeichnete Übereinkommen über das internationale Insolvenzverfahrensrecht, ist mangels Unterzeichnung durch das Vereinigte Königreich nicht zustande gekommen.⁵

Die Zweispurigkeit der Entwicklung des europäischen Kollisionsrechts – Staatsverträge für die horizontal-umfassende Regelung von Komplexen des internationalen Privat- oder Verfahrensrechts einerseits, punktuelle Ergänzungen von Harmonisierungsmaßnahmen durch kollisionsrechtsrelevante Bestimmungen in Gemeinschaftsrichtlinien andererseits – scheint nunmehr durch den Vertrag von

¹ Siehe dazu jetzt die Beiträge in Reichert-Facilides/Schnyder (Hrsg.), *Versicherungsrecht in Europa: Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts*, 2000, ferner *Basedow/Drasch*, *Das neue internationale Versicherungsvertragsrecht*, NJW 1991, S. 785 ff.

² Siehe unten III.

³ ABl. EG Nr. C 261 v. 27.8.1997, S. 1.

⁴ ABl. EG Nr. C 221 v. 16.7.1998, S. 1.

⁵ Siehe dazu *Jayme/Kohler*, IPRax 1996, S. 377 (388 f.).

Amsterdam überwunden. Die dritte Generation des europäischen Kollisionsrechts steht ganz unter dem Vorzeichen der „Vergemeinschaftung“ der bisher intergouvernementalen Zusammenarbeit in Zivilsachen vor und nach Maastricht.⁶ Zwar ist Art. 220 EGV jetzt in Art. 293 inhaltlich unverändert beibehalten worden, doch ist ein Wille der Mitgliedstaaten, die ohnehin äußerst subsidiäre Zuständigkeit zum Abschluss von Staatsverträgen in Anspruch zu nehmen, nicht auszumachen. Die Mitgliedstaaten haben sich als autonome Akteure des europäischen Kollisionsrechts verabschiedet und das Feld den Gemeinschaftsorganen überlassen.

Nur ein Jahr nach Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam sind die drei vorerwähnten Übereinkommen über Zustellung, Ehesachen und Insolvenzverfahren durch drei am 29. Mai 2000 verabschiedete Verordnungen des Rates ersetzt worden.⁷ Damit ist das europäische Kollisionsrecht endgültig in das Kräftefeld des Gemeinschaftsrechts gelangt. Die hieraus folgenden Konsequenzen für das internationale Privat- und Verfahrensrecht in Europa sind erheblich und können in ihrer Tragweite kaum überschätzt werden. Dies gilt nicht nur für den institutionellen Rahmen, in dem das vergemeinschaftete Kollisionsrecht entwickelt wird, sondern auch für dessen inhaltliche Orientierungen. Beide Aspekte sollen im folgenden illustriert werden.

II. Das europäische Kollisionsrecht nach Amsterdam und Nizza: Institutioneller Rahmen und politische Kräfte

1. Die neue Gemeinschaftszuständigkeit im Kompetenzgefüge des EGV

Grundlage der neuen Gemeinschaftszuständigkeit ist Art. 61 Buchst. c) EGV, wonach der Rat zum „schrittweisen Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts [...] Maßnahmen im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen nach Art. 65“ erlässt. Dieser Art. 65 enthält einen nicht abschließenden Katalog von Maßnahmen, die sich auf das internationale Zivilverfahrensrecht, das internationale Privatrecht und auf das Zivilverfahrensrecht selbst beziehen.⁸ Die Zuständigkeit für Maßnahmen in diesen Bereichen wird be-

⁶ Siehe dazu *Basedow*, The communitarization of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam, C.M.L. Rev. 37 (2000), S. 687 ff.; *Borrás*, Derecho internacional privado y tratado de Amsterdam, Rev. esp. der. int. LI (1999), S. 383 ff.; *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 1999 – Die Abendstunde der Staatsverträge, IPRax 1999, S. 401 ff.; *Kohler*, Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam, Rev. crit. dr. int. pr. 1999, S. 1 ff.

⁷ Es sind dies die Verordnungen (EG) Nr. 1346/2000 (Insolvenzverfahren), Nr. 1347/2000 (Ehesachen) und Nr. 1348/2000 (Zustellung), sämtlich veröffentlicht in ABl. EG Nr. L 160 v. 30.6.2000, S. 1 ff.

⁸ Siehe dazu *Heß*, Die „Europäisierung“ des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag – Chancen und Gefahren, NJW 2000, S. 23 ff.

schränkt auf „Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen, [...] soweit sie für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind“. Während diese Einschränkung sachimmanent und systemkonform erscheint,⁹ wird die neue Zuständigkeit durch weitere Elemente in einem noch nicht abschließend einzuschätzenden Ausmaß geschwächt. Diese Elemente lassen sich in drei Kategorien zusammenfassen. Die erste betrifft die inhaltliche Reichweite der Gemeinschaftsmaßnahmen, die zweite das besondere institutionelle Regime des Titels IV EGV, in dem die neue Zuständigkeit angesiedelt ist, und die dritte die systematische Stellung der neuen Zuständigkeit im Kompetenzgefüge des EGV.

Bei der Umschreibung der inhaltlichen Reichweite der Maßnahmen weicht die Terminologie des Art. 65 nicht unerheblich von der in den sonstigen Kompetenznormen des Vertrages verwendeten ab. Artikel 65 spricht an keiner Stelle von Angleichung oder Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten. Bei den Materien des internationalen Verfahrensrechts – mit Ausnahme der gerichtlichen Zuständigkeit – geht es um „Verbesserung und Vereinfachung“, bei den Normen des internationalen Privatrechts und den Regeln über die internationale Zuständigkeit um „Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden [...] Vorschriften“, und bei den Bestimmungen über den Zivilprozess soll erzielt werden die „Beseitigung der Hindernisse für eine reibungslose Abwicklung“, auch hier – und zwar nur „erforderlichenfalls“ – durch „Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden zivilrechtlichen Verfahrensvorschriften“. Die Intensität der gemeinschaftsrechtlichen Regelung soll damit deutlich hinter dem zurückbleiben, was für sonstige Zuständigkeitsbereiche im Vertrag angeordnet wird. Auffällig ist insbesondere die Beschränkung der Zuständigkeit im Bereich des Kollisionsrechts: „Förderung der Vereinbarkeit“ schließt nach dem sonstigen Sprachgebrauch des EGV Maßnahmen zur Rechtsangleichung oder gar -vereinheitlichung aus.¹⁰ Tatsächlich setzt die Formulierung das Bestehen unterschiedlicher Vorschriften in den Mitgliedstaaten nicht nur voraus, sondern hält sie auch für zulässig. Wie die Vereinbarkeit unterschiedlicher Kollisionsnormen auf einer geringeren Stufe als der Erarbeitung einheitlicher Regeln gefördert werden kann, ist allerdings kaum zu erkennen und aus den Vorarbeiten des Amsterdamer Vertrags auch nicht zu erschließen; Entsprechendes gilt für Bestimmungen über die internationale Zuständigkeit der Gerichte. Eine bloße Förderkompetenz ist in diesem Bereich nicht zielführend. Bei der Regelung der internationalen Zuständigkeit der Gerichte für Ehesachen hat sich der Rat in der Verordnung „Brüssel II“ mit der Annahme einheitlicher Regeln über die aus Art. 65 folgende Beschränkung hinweggesetzt, und nichts anderes gilt für die jetzt verabschiedete Verordnung „Brüssel I“¹¹, mit der das EuGVÜ vergemeinschaftet worden ist. Obwohl der Erlass einheitlicher Zuständigkeitsregeln zweifelsohne sachgerecht ist, fällt es schwer,

⁹ Zur Tragweite dieser Einschränkung s. unten V.

¹⁰ Vgl. etwa Art. 149 Abs. 2 EGV.

die Formulierung in Art. 65 einfach zu ignorieren oder als *lapsus linguae* abzutun, zumal in früheren Fassungen der Bestimmung durchaus von „Angleichung“ der Vorschriften die Rede war.

Neben die inhaltliche Schwächung der neuen Zuständigkeit tritt das besondere institutionelle Regime des Titels IV. Innerhalb einer Übergangszeit gilt für das Handeln des Rates ein besonderes Verfahren, das durch das Einstimmigkeitsfordernis und das Initiativrecht nicht nur der Kommission, sondern auch der Mitgliedstaaten, Elemente der intergouvernementalen Zusammenarbeit der dritten Säule enthält. Erst nach der Übergangszeit soll durch einen einstimmigen Ratsbeschluss entschieden werden, inwieweit Mehrheitsbeschlüsse und das Mitentscheidungsverfahren des Art. 251 EGV anwendbar sein sollen. Eine weitere Schwächung der Vergemeinschaftung ergibt sich aus Art. 68 EGV, nach dem die Vorabentscheidungszuständigkeit des EuGH nur eingeschränkt zum Tragen kommt. Nur letztinstanzliche Gerichte können Fragen zur Auslegung des Titels IV sowie der auf diesen Titel gestützten Rechtsakte vorlegen; bemerkenswerterweise können allerdings auch die Gemeinschaftsinstitutionen und die Mitgliedstaaten den EuGH mit Auslegungsfragen befassen, die keinen Bezug zu konkreten Streitigkeiten haben müssen. Nach der Übergangszeit können auch die Bestimmungen über die Befugnisse des EuGH durch einstimmigen Ratsbeschluss „angepasst“ werden.

Die Unvollständigkeit der Vergemeinschaftung kommt aber vor allem darin zum Ausdruck, dass der gesamte Titel IV sowie die hierauf gestützten Rechtsakte grundsätzlich nur für 12 der 15 Mitgliedstaaten gelten. Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich stehen abseits, und nur die beiden letztgenannten Staaten können von Fall zu Fall erklären, dass sie sich an Rechtssetzungsmaßnahmen beteiligen werden; dies ist für die drei kollisionsrechtlichen Verordnungen vom 29. Mai 2000 sowie die Verordnung „Brüssel I“ geschehen, so dass diese für 14 Mitgliedstaaten gelten, nicht allerdings für Dänemark.

Es wäre vorschnell, den Grund für das institutionelle Sonderregime und das Abseitsstehen der drei genannten Mitgliedstaaten in einen sachlichen Zusammenhang mit den zivilrechtlichen Materien zu bringen. Es sind vielmehr die anderen in Titel IV erfassten Bereiche, welche die Sonderregeln erklären. Es geht dort bekanntlich um die Einwanderungspolitik und das Fremdenrecht der Gemeinschaft, den sogenannten „Schengen-Acquis“. Innerhalb dieses Komplexes – die Überschrift des Titels IV spricht von „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“ – nimmt sich die Zusammenarbeit in Zivilsachen einigermaßen als Fremdkörper aus, und der systematische Zusammenhang mit den sonstigen Materien des Titels IV wird, annähernd künstlich, durch die Anbindung an den freien Personenverkehr hergestellt. Sicherlich hat das inter-

¹¹ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 v. 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG Nr. L 12 v. 16.1.2001, S. 1.

ationale Privat- und Verfahrensrecht und das Zivilprozessrecht durch die Komponente des Individualrechtsschutzes eine Seite zum freien Personenverkehr hin, nicht anders, wie auch die Warenverkehrs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit reflexartig den freien Personenverkehr berührt. Es ist aber mit der sonstigen Systematik des EGV kaum zu vereinbaren, wenn die privat- und verfahrensrechtlichen Materien des Art. 65, welche die Infrastruktur für die Umsetzung sämtlicher Vertragsfreiheiten betreffen, allein als Politik des freien Personenverkehrs ausgewiesen werden.

Dies führt zu einer der heikelsten Fragen, die sich bei der Auslegung der Vorschriften über die neue Gemeinschaftszuständigkeit stellen. Es geht um deren Verhältnis zu den übrigen Zuständigkeitsgrundlagen des Vertrages. Soweit bisher Rechtsakte mit international-, privat- und verfahrensrechtlichen Regelungen ergangen sind, ist als Rechtsgrundlage zumeist Art. 95 (ex-Art. 100 a) EGV herangezogen worden.¹² Derartige Rechtsakte ergehen im Mitentscheidungsverfahren, das Europäische Parlament ist also nahezu gleichberechtigt an ihrem Zustandekommen beteiligt und hat nicht nur, wie bei den Rechtsakten des Titels IV, ein Anhörungsrecht, ferner binden die Rechtsakte nach Art. 95 EGV alle Mitgliedstaaten. Die Bestimmung des systematischen Verhältnisses zwischen Art. 65 und Art. 95 EGV – sowie weiterer vergleichbarer Rechtsgrundlagen – entscheidet damit darüber, ob Rechtsakte über europäisches Kollisionsrecht künftig in dem weitgehend noch intergouvernementalen Verfahren des Titels IV ohne echte parlamentarische Mitwirkung ergehen oder in dem eigentlichen gemeinschaftlichen Rechtssetzungsverfahren mit parlamentarischer Kontrolle erlassen werden. Die inzwischen absehbare Praxis des Rates ist bedenklich. Die drei Verordnungen vom 29. Mai 2000 sind allein auf der Grundlage des Art. 61 Buchst. c) EGV verabschiedet worden, ohne dass sich das Europäische Parlament dem widersetzt hat. Die Tragfähigkeit dieser Rechtsgrundlage ist aber jedenfalls für die Zustellungsverordnung und die Insolvenzverordnung höchst fraglich. Beide betreffen den Binnenmarkt als Ganzes und können keinesfalls – anders als die Verordnung „Brüssel II“ – allein oder vorwiegend auf den freien Personenverkehr bezogen werden. Besonderes Gewicht erhalten diese systematischen Bedenken bei der Vergemeinschaftung des EuGVÜ. Auch die Verordnung „Brüssel I“ ist allein auf Art. 61 Buchst. c) EGV gestützt, obwohl es sich um eine „horizontale“ Regelung handelt, die mit allen Gemeinschaftsfreiheiten gleichermaßen verknüpft ist.¹³

Mit dieser Vorgehensweise werden dem Art. 95 EGV Materien entzogen, die bisher jedenfalls ansatzweise in seinem Rahmen geregelt wurden. Wäre dies richtig, hätte der Amsterdamer Vertrag eine Verminderung, jedenfalls aber Schwächung bereits bestehender Gemeinschaftskompetenzen bewirkt, was nach der Maxime der

¹² Dies gilt insbesondere für die Richtlinien zum Verbraucherschutz, so die Richtlinien 93/13 (mißbräuchliche Klauseln), 94/47 (Teilzeitzutzungsrechte), 97/7 (Fernabsatz), 99/44 (Verbrauchsgüterkauf) und 98/27 (Unterlassungsklagen zum Schutz von Verbraucherinteressen).

¹³ So auch *Basedow*, (Fn. 6), S. 698 f.

Erhaltung des gemeinschaftlichen Besitzstandes nicht zulässig und keinesfalls zu vermuten ist. Eine systemverträgliche Auslegung der Art. 61 Buchst. c) und 65 EGV führt vielmehr dazu, sie als Kompetenzzuwachs zu verstehen und bereits bestehende Gemeinschaftszuständigkeiten unberührt zu lassen. Hierfür ist das internationale Eheverfahrensrecht ein Beispiel: Art. 95 EGV wäre hierfür wohl keine taugliche Grundlage gewesen (der freie Personenverkehr ist in Abs. 2 der Vorschrift von deren Anwendungsbereich ausgenommen), und die Verknüpfung mit dem freien Personenverkehr ist bei familienrechtlichen Regelungen zumindest plausibel.

2. Die Änderungen durch den Vertrag von Nizza

Der am 26. Februar 2001 in Nizza unterzeichnete Vertrag zur Änderung des Unionsvertrags und der Gemeinschaftsverträge hat, ohne die systematische Einordnung der Zusammenarbeit in Zivilsachen unter den Titel IV zu berühren, das institutionelle Regime für diesen Bereich in einem wesentlichen Punkt geändert.

Die in Art. 65 genannten Maßnahmen sollen nunmehr im Verfahren des Art. 251 EGV erlassen werden, d.h. von Rat und Parlament im sogenannten Mitentscheidungsverfahren; hier verfährt der Rat grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit. Die Anwendung von Art. 251 war schon bisher in Art. 67 Abs. 2 für die Zeit nach Ablauf des fünfjährigen Übergangszeitraums ab Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags (1. Mai 1999) in Aussicht gestellt worden. Der Vertrag von Nizza bringt damit lediglich eine faktische Verkürzung der Übergangszeit – wenn man sein Inkrafttreten vor dem 30. April 2004 unterstellt – und nimmt für den Bereich der Zivilsachen einen entsprechenden Ratsbeschluss vorweg. Die Abkehr vom Einstimmigkeitserfordernis gilt allerdings nicht uneingeschränkt: Ausgenommen sind die „familienrechtlichen Aspekte“.¹⁴ Maßnahmen wie die Verordnung „Brüssel II“ oder die geplante Verordnung zum Umgangsrecht¹⁵ bleiben deshalb im bisherigen quasi-intergouvernementalen Bereich. Gleiches gilt grundsätzlich für künftige familienrechtsbezogene Maßnahmen nach dem Programm vom 30. November 2000 (dazu unten III).

Die Herauslösung der Zivilrechtsmaterien aus der unpassenden Nachbarschaft des „Schengen-Komplexes“ bleibt auf diesen – freilich wichtigen – Punkt beschränkt. Die übrigen Sonderbestimmungen des Titels IV – die Beschränkungen der Zu-

¹⁴ Gemäß Art. 2 Nr. 4 des Vertrages von Nizza wird Art. 67 EGV um folgenden Absatz ergänzt:
„(5) Abweichend von Absatz 1 beschließt der Rat gemäß dem Verfahren des Artikels 251 [...] – die Maßnahmen nach Artikel 65 mit Ausnahme der familienrechtlichen Aspekte“.

¹⁵ Siehe die französische Initiative für eine EG-Verordnung „über die gegenseitige Vollstreckung von Entscheidungen über das Umgangsrecht“, ABl. EG Nr. C 234 v. 15.8.2000, S. 7, dazu *Heß*, IPRax 2000, S. 361 ff. Gleiches gilt für die geplante Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über die elterliche Verantwortung, s. den Vorschlag der Kommission v. 6.9.2001, KOM (2001) 505 endg.

ständigkeit des EuGH und, vor allem, die eingeschränkte territoriale Geltung der Maßnahmen – bestehen für die Zivilsachen fort, ebenso wie die systematische Verhaftung in dem Titel über die Politiken des freien Personenverkehrs. Die skizzierten Zweifel an der Tragfähigkeit der Rechtsgrundlage des Art. 61 Buchst. c) und deren Verhältnis insbesondere zu Art. 95 EGV werden damit auch nach Inkrafttreten des Vertrages von Nizza ein nicht unerhebliches praktisches Gewicht behalten.

III. Das internationale Privatrecht im Binnenmarkt: Regulationsprinzip oder Fremdkörper?

Gleichsam spiegelbildlich zu den Zweifelsfragen, die sich bei der systematischen Einpassung des vergemeinschafteten Kollisionsrechts ergeben, zeigen sich Unsicherheiten hinsichtlich der inhaltlichen Ausfüllung dieser Zuständigkeit. Welches spezifische Gewicht soll dem internationalen Privat- und Verfahrensrecht in der Gemeinschaftsrechtspolitik zukommen? Hier scheint inzwischen Einigkeit darüber zu bestehen, dass dem Verfahrensrecht Vorrang vor dem materiellen Recht eingeräumt wird. Dies steht im Einklang mit der kurzen Geschichte des europäischen Kollisionsrechts, die 1968 mit der Unterzeichnung des EuGVÜ einsetzt. Immerhin ist schon damals erkannt worden, dass es mit der Vereinheitlichung des internationalen Verfahrensrechts nicht sein Bewenden haben kann und dass eine „Freizügigkeit“ gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen im Gemeinsamen Markt nur auf der Grundlage vereinheitlichter Kollisionsnormen auf Dauer gerechtfertigt werden kann. Auch der von Rat und Kommission im Dezember 1998 in Wien angenommene Aktionsplan für den Bereich Justiz und Inneres¹⁶ sieht vor, dass die Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über die Zusammenarbeit in Zivilsachen nicht nur für das internationale Verfahrensrecht, sondern auch für das internationale Privatrecht ausgeführt werden sollen. So ist dort beispielsweise komplementär zu der Vergemeinschaftung des Übereinkommens über das internationale Eheverfahrensrecht die Ausarbeitung einheitlicher Kollisionsnormen für die Ehescheidung vorgesehen. Auch die Revision des EVÜ und die Erarbeitung eines ergänzenden Rechtsakts über das internationale Deliktsrecht werden erwähnt. Unter dem Eindruck des Europäischen Rates von Tampere (15. und 16. Oktober 1999) haben sich die Gewichte dann zugunsten des internationalen Verfahrensrechts verschoben.¹⁷ Die Entdeckung, dass das im Gemeinschaftsrecht an anderer Stelle eine Rolle spielende Prinzip der gegenseitigen Anerkennung eine Schlüsselrolle für das „Europa der Bürger“ spielen könnte, hat

¹⁶ ABl. EG Nr. C 19 v. 23.1.1999, S. 1.

¹⁷ Siehe dazu „Schlußfolgerungen des Vorsitizes“ (Dok. SI (1999) 800 – SN 200/99 v. 16.10.1999), insb. Nrn. 33 ff.

das Augenmerk auf das Verfahrensrecht konzentriert; das internationale Privatrecht geriet aus dem Blickfeld.

Gegenwärtig wird allerdings in den Gemeinschaftsinstitutionen, von der interessierten Öffentlichkeit erst im Ansatz wahrgenommen, um die künftige Stellung des internationalen Privatrechts im Binnenmarkt intensiv gerungen. Hier steht auf der einen Seite der herkömmliche, auf *Savigny* zurückgehende gemeineuropäische Ansatz des Kollisionsrechts, wonach das für heterogen verknüpfte Situationen maßgebende Recht grundsätzlich durch allseitig gefasste Rechtsanwendungsnormen bezeichnet wird, die mit sachbezogenen Anknüpfungsmerkmalen operieren, um unter den beteiligten Rechten dasjenige zu bestimmen, mit dem die Situation am engsten verknüpft ist. Ausgangspunkt ist hierbei die gleichgewichtige, paritätische Berücksichtigung der beteiligten Rechte. Aufgelockert wird dieses System durch Sonderanknüpfungen, mit denen – in unterschiedlicher Intensität – einzelnen Rechten ein unparitätischer Vorrang eingeräumt wird, um ein bestimmtes Ergebnis zu erreichen oder zu begünstigen. Abgerundet wird dieses System schließlich durch die Zulassung von Vorbehaltsklauseln, mit denen entweder die Anwendung des an sich maßgebenden Rechts abgewehrt oder die Durchsetzung des eigenen Rechts ohne Rücksicht auf das an sich anwendbare Recht erzwungen wird.

Es wird sofort deutlich, dass dieser herkömmliche Ansatz nicht nur dem autonomen internationalen Privatrecht der Mitgliedstaaten, sondern auch dem EVÜ zugrunde liegt, sowie ferner dem internationalen Versicherungsvertragsrecht der Gemeinschaftsrichtlinien der achtziger Jahre. Für die Vertreter dieses Ansatzes ist die schrittweise Vereinheitlichung der Rechtsanwendungsnormen ein notwendiges Korrelat der Vereinheitlichung des internationalen Verfahrensrechts, weil nur so die marktstörenden Wirkungen des *forum shopping*, d.h. der gezielten Ausnutzung der Unterschiede zwischen den Kollisions- und den Sachnormen der Mitgliedstaaten, beseitigt oder jedenfalls eingeschränkt werden können. Mit der Vergemeinschaftung des EVÜ („Rom I“) erhielt das internationale Privatrecht *Savignys* seinen Platz im System des Gemeinschaftsrechts, der durch die Verabschiedung ergänzender Rechtsakte für das internationale Deliktsrechts („Rom II“) und das internationale Scheidungsrecht („Rom III“) weiter gefestigt werden würde.

Dem herkömmlichen Ansatz gegenüber steht, gleichsam am anderen Ende des Spektrums, eine Haltung, welche die Bedeutung des internationalen Privatrechts für den Binnenmarkt geringschätzt, wenn nicht geradezu leugnet.¹⁸ Nicht die

¹⁸ So wird vertreten, daß eine Beschränkung des freien Personenverkehrs zwar durch die Nichtanerkennung von Scheidungsurteilen entstehe, nicht aber durch unterschiedliche Kollisionsnormen für die Scheidung, vgl. *Freudenthal/van der Velden*, *Europees Procesrecht en het Verdrag van Amsterdam*, in *Van Nederlands naar Europees Procesrecht*?, Liber Amicorum Paul Meijknecht, 2000, S. 81 ff. (88). Diese Ansicht verkennt das „marktstörende“ Potential des *forum shopping* und die Verwerfungen, die durch Anerkennung kollisionsrechtlich abweichender Entscheidungen im Anerkennungsstaat eintreten können.

Koordinierung der beteiligten Rechte mit Hilfe paritätischer Kollisionsnormen, sondern die Herstellung einheitlicher Rahmenbedingungen, insbesondere durch Mindestharmonisierung von Sachnormen, steht hierbei im Vordergrund. Die so geschaffene Grundlage soll ausreichen, mit Hilfe des vorerwähnten Prinzips der gegenseitigen Anerkennung die binnenmarktrelevanten Unterschiede zwischen den Rechtsnormen der Mitgliedstaaten gleichsam zu neutralisieren. Die einzige – nicht als solche definierte – Kollisionsnorm, die nach dieser Ansicht für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich ist, ordnet die Maßgeblichkeit des im Herkunftsland einer Ware oder Dienstleistung oder einer Person geltenden Rechts an. Eine nach diesem Recht geschaffene Lage sei in den anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen, das für die Grundfreiheiten des Binnenmarkts entwickelte Herkunftslandprinzip soll damit zur kollisionsrechtlichen Grundnorm werden.¹⁹

Zwischen diesen beiden Positionen liegen Mischformen, und in neueren Rechtsakten der EG finden sich nicht selten Kompromisslösungen, in denen beide Ansätze kombiniert werden. Als Beispiel sei auf die Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr verwiesen, die in ihrem Anwendungsbereich das Herkunftslandprinzip postuliert (Art. 3 Abs. 1 und 2), zugleich aber vorgibt, keine zusätzlichen Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts schaffen zu wollen.²⁰ Vom Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips werden jedoch ausgenommen die „Freiheit der Rechtswahl für Vertragsparteien“, ferner „vertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf Verbraucherverträge“, sowie die Anwendung zwingender Formvorschriften der *lex rei sitae* für Verträge über Rechte an Immobilien.²¹ Hier ist der Kompromiss, bei dem jeder seinen Ansatz wiederfindet, mit den Händen zu greifen. Die Mitgliedstaaten sind um die Verpflichtung, die Richtlinie mit ihrer bis zur Unkenntlichkeit relativierten kollisionsrechtlichen Kernaussage umzusetzen, nicht zu beneiden.

Ein dritter Ansatz, der seit den neunziger Jahren in Richtlinien über den Schutz der Verbraucher im Privatrecht zum Ausdruck kommt, zielt darauf ab, den durch die Harmonisierung bezweckten Schutz bei enger Verbindung der Situation mit dem Gemeinschaftsgebiet gegenüber dem weniger günstigen Recht eines Drittstaates abzusichern, wenn dieses von den Parteien als Vertragsstatut gewählt wurde. Die hierbei benutzte kollisionsrechtliche Technik besteht in der Festlegung des

¹⁹ Über die (begrenzte) Tragfähigkeit eines solchen Konzepts siehe *Drasch*, Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht: Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf das Vertrags- und Wettbewerbsstatut, 1997. Siehe auch *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?, IPRax 2001, Heft 6.

²⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 4; danach schafft die Richtlinie „weder zusätzliche Regeln im Bereich des Internationalen Privatrechts, noch befasst sie sich mit der Zuständigkeit der Gerichte“. Siehe hierzu *van Haersolte/van Hof*, Richtlijn elektronische handel – internationaal privaatrechtelijke aspecten, Ned. tijdschr. Europ. recht 2000, S. 325 ff.; *Mankowski*, Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der E-commerce-Richtlinie, ZvglRwiss 100 (2001), S. 137 ff.

²¹ Siehe Art. 3 Abs. 3 in Verbindung mit dem Anhang „Ausnahmen im Rahmen von Art. 3“.

räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs der gemeinschaftsrechtlichen Regelung – eine Orientierung, die in die Statutenlehre des späten Mittelalters zurückweist. Auch dieser Ansatz ignoriert trotz seiner Bezugnahme auf die kollisionsrechtliche Rechtswahl das binnenmarktrelevante internationale Privatrecht – weder wird Art. 5 EVÜ berücksichtigt noch wird bei der Formulierung des Anknüpfungsmerkmals auf das System des EVÜ Rücksicht genommen.²² Jüngstes Beispiel für diese Technik, deren Nachvollzug durch die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinien bekanntlich zu unvereinbaren Divergenzen geführt hat, ist die in dem Richtlinienvorschlag über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen enthaltene Anwendungsnorm.²³

Es verdient Beachtung, dass der EuGH vor kurzem denselben Ansatz im Falle einer Richtlinie gewählt hat, die selbst keine derartige einseitige Anwendungsnorm enthält. Im Urteil *Ingmar*²⁴ ging es um die Durchsetzung der in der Richtlinie 86/653 enthaltenen Bestimmungen über den Schutz des selbständigen Handelsvertreters bei Vertragsbeendigung in einem Fall, in dem der Vertrag von den Parteien dem Recht von Kalifornien unterstellt worden war und der Handelsvertreter seine Tätigkeit in Großbritannien ausüben sollte. Der EuGH hält es für grundlegend, dass ein in einem Drittstaat ansässiger Unternehmer, dessen Handelsvertreter seine Tätigkeit innerhalb der Gemeinschaft ausübt, die Schutzbestimmungen der Richtlinie nicht durch eine Rechtswahlklausel umgehen kann. Diese Bestimmungen seien anwendbar, „wenn der Sachverhalt einen starken Gemeinschaftsbezug aufweist, etwa weil der Handelsvertreter seine Tätigkeit im Gebiet eines Mitgliedstaats ausübt“²⁵. Die vom EuGH vorgefundene kollisionsrechtliche Ausgangslage war übrigens die des nationalen Rechts; auf den Fall war das EVÜ (zeitlich) nicht anwendbar. Bei unterstellter Geltung des EVÜ – für dessen Auslegung der EuGH (noch) nicht zuständig ist – wären die den Vorgaben der Richtlinie entsprechenden Schutzbestimmungen des englischen Rechts über Art. 7 Abs. 2 durchzusetzen.

Dass der EuGH kollisionsrechtliche Auswirkungen seiner Judikatur nicht offenlegt, zeigt im übrigen das „Centros“-Urteil²⁶, das sich ausdrücklich nur mit der sekundären Niederlassungsfreiheit befasst, aber schwerwiegende Konsequenzen für

²² Siehe dazu *Jayme/Kobler*, L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome, Rev. crit. dr. int. pr. 1995, S. 1 ff.

²³ Siehe Art. 11 Abs. 3: „Dem Verbraucher darf der durch diese Richtlinie gewährte Schutz nicht vorenthalten werden, wenn das auf den Vertrag anzuwendende Recht das Recht eines Drittstaates ist, der Verbraucher seinen Wohnsitz in einem der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft hat und der Vertrag eine enge Verbindung mit ihr aufweist“.

²⁴ EuGH, Urteil v. 9.11.2000, Rs. C-381/98, (*Ingmar*), EuZW 2001, S. 50, mit zust. Anm. Reich; kritisch dagegen *Freitag/Leible*, RIW 2001, S. 287 ff.

²⁵ Rdnr. 25 des Urteils.

²⁶ EuGH, Urteil vom 9.3.1999, Rs. C-212/97, (*Centros*), Slg. 1999, I-1459.

das internationale Gesellschaftsrecht zahlreicher Mitgliedstaaten haben kann.²⁷ Auch die Auswirkungen des Urteils *Arblade*²⁸ über die Anwendung zwingender Bestimmungen des Empfangsstaates bei Arbeitnehmerentsendung im Binnenmarkt auf die Anwendung von Art. 7 EVÜ werden vom Gerichtshof nicht erörtert. Die Entschlüsselung des kollisionsrechtlichen „Subtexts“ bleibt dem Leser überlassen.

Die gegenwärtige Haltung der Gemeinschaftsorgane – einschließlich des EuGH – zum internationalen Privatrecht ist damit zumindest ambivalent. Die Aufgabenverteilung innerhalb der Kommission trägt nicht zu einer kohärenten Entwicklung bei; eine einheitliche Linie hat sich noch nicht gebildet. Während die Generaldirektion Justiz und Inneres, die für den Aufbau der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen zuständig ist, eher dem herkömmlichen Ansatz verpflichtet scheint, steht für die Generaldirektion Binnenmarkt das Herkunftslandprinzip im Vordergrund. Dessen Durchsetzung wird freilich durch Bereichsausnahmen und Abschwächungen relativiert, die vor allem von der Generaldirektion Verbraucherschutz durchgesetzt werden.

IV. Die Reduktion des europäischen Kollisionsrechts: Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung als Alternative zum internationalen Privatrecht

Der Vorrang des internationalen Verfahrensrechts bei der Ausführung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über die Zusammenarbeit in Zivilsachen ist durch ein vom Rat am 30. November 2000 beschlossenes Programm weiter festgestellt worden.²⁹ Das Programm betrifft die Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen und schließt an die bereits erwähnten Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Tampere an, der dem Konzept des „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ gewidmet war. Gezielt wird auf die Herstellung eines „*espace judiciaire européen*“, d.h. eines einheitlichen Rechtsschutzraums,³⁰ der sämtliche Mitglied-

²⁷ Zu den Reaktionen der mitgliedstaatlichen Gerichte und den durch das Urteil des EuGH ausgelösten Anschlußvorlagen siehe *Behrens*, IPRax 2000, S. 384 ff.; s. dazu ferner die Vorlage des Landesgerichts Salzburg, Rs. C-447/00, ABl. EG Nr. C 28 v. 27.1.2001, S. 24. Siehe auch *Reichelt*, Gemeinschaftliche Perspektiven für ein Europäisches Handelsregister – Von Daily Mail zu Centros, in: *Knechtel/Reichelt/Zib*, Europäisches Handelsregister, Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht, Bd. 4, S. 1.

²⁸ EuGH, Urteil v. 23.11.1999, Rs. C-369/96 und C-376/96, (*Arblade*), Slg. 1999, I-8453, dazu *Jayme/Kohler*, IPRax 2000, S. 454 ff. (455).

²⁹ ABl. EG Nr. C 12 v. 15.1.2001, S. 1.

staaten umfassen soll und für diese gleichsam einen Binnenmarkt für gerichtliche Entscheidungen schaffen will. Obwohl das Programm sich zu den hierfür heranzuziehenden Rechtsgrundlagen nicht im einzelnen äußert, sind die systematischen Kategorien und die Terminologie, die hierbei verwendet werden, dem Titel IV EGV und insbesondere dem Art. 65 EGV entnommen. Wegen der Sonderstellung der drei bereits erwähnten Mitgliedstaaten im Rahmen des Titels IV umfasst dieser Binnenmarkt dann allerdings nur 12, allenfalls 14 Mitgliedstaaten und steht im übrigen unter dem bereits angesprochenen institutionellen Sonderregime.

Das Programm gliedert den Sektor der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in vier Bereiche,³¹ nämlich

- „Brüssel I“, d.h. die in Form einer Verordnung ergehende Nachfolgeregelung zum EuGVÜ sowie ergänzende Maßnahmen;
- „Brüssel II“, d.h. die Verordnung Nr. 1347/2000 sowie die Regelung von Situationen aus nichtehelichen Verbindungen, auch soweit sie das Sorgerecht für Kinder betreffen;
- eheliche Güterstände und vermögensrechtliche Folgen der Auflösung nicht-ehelicher Verbindungen;
- testamentarische und gesetzliche Erbfolge.

Während für die ersten beiden Bereiche an bereits geltende Regelungen angeknüpft werden kann, muss der Gemeinschaftsgesetzgeber für das Familienvermögensrecht und das Erbrecht Neuland betreten. Beabsichtigt ist hier die Übertragung des Anerkennungskonzepts der Verordnungen „Brüssel I“ und „Brüssel II“ auf die dort bisher nicht erfassten Rechtsgebiete, so dass im Ergebnis grundsätzlich alle vermögensrechtlichen und nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten des Zivil- und Handelsrechts abgedeckt werden.

Die Übertragung des Binnenmarktkonzepts auf den europäischen Rechtsschutzraum bedeutet, dass in dessen Bezugsgebiet gerichtliche Entscheidungen „frei“ zirkulieren können und dass insbesondere die Wirkungen, die einer Entscheidung in deren Ursprungsstaat zukommen, in den übrigen Mitgliedstaaten ohne „Beschränkungen“, d.h. ohne zusätzliche Verfahren zur Geltung kommen sollen. Nun ist die Erstreckung der Wirkungen einer gerichtlichen Entscheidung auf andere Staaten bereits gegenwärtig der Kern der Anerkennungsregelung des

³⁰ Der in der deutschen Fassung der betreffenden Dokumente verwendete Ausdruck „Rechtsraum“ ist mißverständlich, wenn nicht irreführend; der Terminus suggeriert, daß für das Bezugsgebiet Rechtseinheit hergestellt werden soll, d.h. die Geltung einheitlicher (oder zumindest „harmonisierter“) Sachnormen. Dies wird jedoch gerade nicht angestrebt, vielmehr sollen die Voraussetzungen für die Gewährung von Rechtsschutz und die Durchsetzung von titulierten Ansprüchen vereinheitlicht werden. Entsprechend der verwendeten französischen und englischen Terminologie (*justice*) sollte deshalb von Rechtsschutzraum (oder Justizraum) gesprochen werden.

³¹ Vgl. die das Programm abschließende Übersichtstabelle, (Fn. 29), S. 9.

EuGVÜ und der Verordnungen über Eheverfahren und Insolvenzverfahren, allerdings mit einer wesentlichen Ausnahme: Die Vollstreckungswirkung einer Entscheidung wird bisher nicht „automatisch“ anerkannt, d.h. auf andere Staaten erstreckt, vielmehr wird diese Wirkung auch nach den europäischen Regelungen fremden Urteilen durch eine konstitutive Entscheidung im Vollstreckungsstaat verliehen. Dieses notwendige Zwischenverfahren zur Verleihung der Vollstreckungswirkung gilt in der Sichtweise des Ratsprogramms als zu beseitigende „Beschränkung“ des freien Urteilsverkehrs. Gezielt wird damit auf die Abschaffung der Vollstreckbarerklärung, des „Exequaturs“ im französisch-europäischen Sprachgebrauch.

Der hierbei zu bewältigenden Hürden ist sich das Programm bewusst. Die generelle Beseitigung des „Exequaturs“ steht deshalb erst als Endziel eines dreistufigen Prozesses am noch fernen³² Horizont der Rechtsentwicklung. Die beiden vorgeschalteten Stufen sehen für jeden der vier Bereiche eine Anzahl Maßnahmen vor, die schrittweise eine Annäherung an das Endziel bewirken sollen. So ist beispielsweise für den Bereich „Brüssel I“ in der ersten Stufe die Schaffung eines europäischen Vollstreckungstitels für sogenannte unbestrittene Forderungen vorgesehen, ferner die Abschaffung des „Exequaturs“ für Unterhaltstitel; für den Bereich „Brüssel II“ die Einführung eines ohne „Exequatur“ vollstreckbaren europäischen „Umgangstitels“, für den bereits eine französische Initiative vorliegt;³³ ferner ist die Ausarbeitung von Rechtsakten nach dem Muster der Verordnung „Brüssel II“ für diejenigen Materien des Familien- und Erbrechts vorgesehen, für die gegenwärtig noch keine gemeinsame Regelung besteht. Ähnliche Operationskalender sind in den vier Bereichen für die zweite Stufe vorgesehen; sie münden – vor allem durch Beschneidung oder Abschaffung der Nachprüfung des im Ursprungsstaat wirksamen Titels – gleichsam organisch in die vollständige Abschaffung des „Exequaturs“ in der dritten Stufe.

Tragende Grundlage des so ins Werk gesetzten Konzepts der Anerkennung fremder Entscheidungen ist das immer wieder beschworene „gegenseitige Vertrauen“ in die Rechtspflege der Mitgliedstaaten. Die Gleichwertigkeit und Austauschbarkeit der dort vorgesehenen Verfahren zur Erwirkung vollstreckbarer Titel wird als Prämisse vorgegeben. Freilich wird diese Prämisse häufig durch die Rechtswirklichkeit erschüttert, weil insbesondere die grenzüberschreitende Verfahrensführung national geprägten Besonderheiten gehorcht. Die Staatlichkeit der Rechtspflege, die Unterschiede des Verfahrensrechts – insbesondere für die zwangsweise Durchset-

³² Zeitliche Vorgaben enthält das Programm nicht. Der halbjährlich aktualisierte „Anzeiger der Fortschritte“ für die Schaffung eines „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ sieht für die ersten Maßnahmen einen Zeitrahmen zwischen 2001 und 2004 vor (so die Aktualisierung vom 30.11.2000, KOM (2000) 782 endgültig).

³³ Siehe oben Fn. 15. Der dort erwähnte Vorschlag für eine umfassende Verordnung betr. Entscheidungen über elterliche Verantwortung verweist insoweit auf die VO „Brüssel II“, welche das Exequatur weiter voraussetzt.

zung von Leistungsgeboten – und nicht zuletzt die Unterschiede des internationalen Privatrechts der Mitgliedstaaten vor allem in den nichtvermögensrechtlichen Bereichen lassen die Vorstellung von einem einheitlichen Rechtsschutzgebiet bestenfalls als rechtspolitisches Postulat erscheinen, dessen Aussagekraft nicht weitergeht als etwa die Behauptung, die europäischen Völker bildeten eine „Familie“.

In Wirklichkeit simuliert das Programm, noch weitergehend als schon bisher das EuGVÜ und die Verordnung „Brüssel II“, ein einheitliches Rechtsschutzgebiet, es operiert mit der Konstruktion des „als ob“ und damit mit Fiktionselementen.

Der Rat ist sich der Risiken, die mit der unbesehenen Zugrundlegung dieses Konzepts verbunden sind, offenbar bewusst gewesen. Das Stufenprogramm zur gegenseitigen Anerkennung soll deshalb durch eine Reihe „flankierender Maßnahmen“ ergänzt werden, die – mit einer Ausnahme – auf die Herstellung einer verfahrensrechtlichen Infrastruktur zielen, mit der ein gemeinsamer Mindeststandard garantiert werden soll. Der hierfür bestimmende Maßstab ist letztlich die Europäische Menschenrechtskonvention, auf die in dem Programm ausdrücklich Bezug genommen wird; als sensibel gilt ferner die verfahrensrechtliche Stellung des Kindes in den familienbezogenen Bereichen, wobei insbesondere die Beachtung des Kindeswohls als Entscheidungskriterium deutlicher als in den bisher ergangenen Rechtsakten³⁴ hervorgehoben werden soll.

Der Katalog der „begleitenden Maßnahmen“ des Verfahrensrechts umfasst demgemäß u.a. gemeinsame Mindestregeln für den Zivilprozess und die Zustellung gerichtlicher Schriftstücke, ferner – ein besonders heikler Bereich – Maßnahmen zur Aufspürung des der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögens des Schuldners in den Mitgliedstaaten. Die grenzüberschreitende Zustellung ist bereits Gegenstand der Verordnung Nr. 1348/2000,³⁵ die Beweiserhebung in einem anderen Mitgliedstaat ist jetzt in der Verordnung Nr. 1206/2001 geregelt.³⁶

Soweit zum begleitenden Verfahrensrecht. Ausgespart blieb bisher ein weiteres Element, an dem die Simulation von Inlandsverhältnissen ihre Grenzen findet. Von einzelnen, wenn auch praktisch wichtigen, Ausnahmen abgesehen, sind weder die Sachnormen noch die Kollisionsnormen der vier Bereiche des Ratsprogramms vereinheitlicht. Es ist also keineswegs sichergestellt, dass die ohne Nachprüfung anzuerkennenden und zu vollstreckenden Entscheidungen in Anwendung des Rechts ergangen sind, das die Gerichte des Anerkennungsstaates hätten zugrunde legen müssen, wenn sie selbst in der Sache entschieden hätten. Bereits jetzt besteht die Anerkennungspflicht nach dem EuGVÜ und der Verordnung „Brüssel II“

³⁴ Vgl. etwa Art. 3 Abs. 2 und Art. 15 Abs. 2 lit. a) und b) der VO Nr. 1347/2000, sowie Art. 4, Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 der geplanten Verordnung über den europäischen Umgangstitel, (Fn. 15).

³⁵ Siehe dazu *Heß*, Die Zustellung von Schriftstücken im europäischen Justizraum, NJW 2001, S. 15 ff.

³⁶ Siehe ABl. EG Nr. L 174 v. 27.6.2001, S. 1 ff.

auch im Falle einer kollisionsrechtlichen Abweichung. Um die bei konkurrierender Zuständigkeit der Gerichte mehrerer Mitgliedstaaten gegebene Möglichkeit des *forum shopping* wenigstens für vertragliche Streitigkeiten auszuschließen, ist – wie erwähnt – das EuGVÜ um das EVÜ ergänzt worden. Für die übrigen dem EuGVÜ unterfallenden Materien, vor allem aber für die schon bestehenden oder nach dem Programm geplanten Rechtsakte über vermögensrechtliche und nicht-vermögensrechtliche Fragen des Familien- und Erbrechts, ist – von punktuellen Ausnahmen abgesehen – das internationale Privatrecht der Mitgliedstaaten nicht vereinheitlicht. Dies kann schon bei der Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen nach der Verordnung „Brüssel II“ zu stoßenden Ergebnissen führen.³⁷ Auf dem Gebiet des Ehevermögensrechts und des Erbrechts, wo die Unterschiede zwischen den Kollisionsnormen der Mitgliedstaaten noch prägnanter sind, ist die Verpflichtung zur unbesehenen Anerkennung einer kollisionsrechtlichen abweichenden Entscheidung nicht zu rechtfertigen. Besteht beispielsweise für die Frage, ob jemand von A oder von B beerbt worden ist, eine Zuständigkeit in mehreren Staaten, deren Gerichte aufgrund unterschiedlichen Kollisionsrechts zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen müssten, hinge die Erbberechtigung des einen oder des anderen mit Wirkung für den gesamten Binnenmarkt allein davon ab, in welchem Staat das Verfahren zuerst anhängig gemacht worden ist. Das ist nicht tragbar.³⁸

Tatsächlich erweist sich die Kollisionsrechtsblindheit der Maßnahmen zur gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen als empfindlichste Schwachstelle des Programms. Zwar sieht der Rat, dass die „Harmonisierung“ der Kollisionsnormen dazu „beitragen“ kann, die gegenseitige Anerkennung zu „vereinfachen“.³⁹ Der Stellenwert der Kollisionsrechtsharmonisierung ist in den Augen des Rates freilich denkbar gering. Sie erscheint an achter und letzter Position des Katalogs der begleitenden Maßnahmen, nach der Information der Öffentlichkeit,⁴⁰ und hat damit gegenüber dem Wiener Aktionsplan von 1998 erheblich an Boden verloren. Es gilt offenbar als weniger mühsam, in Fragen des internationalen Verfahrensrechts auf einen gemeinsamen Nenner zu kommen als in Fragen des internationalen Privatrechts. Dies wäre noch hinzunehmen, wenn die Verschiedenheit der Kollisionsnormen gegebenenfalls zur Versagung der Urteilsanerkennung führen dürfte. Beinahe von selbst versteht sich, dass dies nicht der Fall ist. Die Kollisionsrechtsblindheit wird konsequent zu Ende geführt: Die Form entscheidet, der Inhalt wird beliebig.

³⁷ Vgl. Kohler, Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union: Die Verordnung „Brüssel II“, NJW 2001, S. 10 ff. (12 f.)

³⁸ Vgl. Wengler, Internationales Privatrecht, 1981, S. 395 ff.

³⁹ Oben Fn. 29, S. 2.

⁴⁰ Siehe dazu die Entscheidung des Rates über die Einrichtung eines Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen, ABl. EG Nr. L 174 v. 27.6.2001, S. 25 ff.

V. An den Grenzen der EG-Kompetenzen

Tritt man einen Schritt zurück, um das Bild zu betrachten, das sich nach der Vergemeinschaftung des europäischen Kollisionsrechts durch den Amsterdamer Vertrag, dem Europäischen Rat von Tampere und dem Programm des Rates vom 30. November 2000 bietet, drängt sich eine amerikanische Parallele in das Bewusstsein. Der den europäischen Binnenmarkt ergänzende gemeinsame Rechtsschutzraum baut auf dem Konzept einer „Full-faith-and-credit“-Klausel auf, wie sie die amerikanische Bundesverfassung in Art. IV enthält, und geht sogar darüber hinaus. Dieses Verfassungsgebot legitimiert bekanntlich in den USA die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen der gliedstaatlichen Gerichte weitgehend, aber keineswegs völlig ohne Nachprüfung durch die Gerichte des Gliedstaats, in dem die Entscheidung Wirkungen äußern soll.⁴¹

Eine solche „Full-faith-and-credit“-Klausel enthält das Primärrecht der Europäischen Union nicht. Die EU ist ferner kein Bundesstaat, in dem eine Zentralgewalt über die Ausübung von Hoheitsrechten durch die Gliedstaaten auf der Grundlage einer Bundesverfassung wacht. Der EGV, den der EuGH in bestimmten Zusammenhängen als „Verfassungsurkunde“ der Gemeinschaft bezeichnet, ist keine Verfassung, welche die Ausübung von Gerichtshoheit durch die Mitgliedstaaten umfassend steuert. Auch durch den Amsterdamer Vertrag ist eine primärrechtliche Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen nicht geschaffen worden.⁴² Über die Schwächen der begrenzten Einzelermächtigung, die Art. 61 Buchst. c) EGV enthält, ist bereits gesprochen worden. Man kann Zweifel äußern, ob das horizontal-umfassende Programm des Rates noch als „Verbesserung und Vereinfachung“ der Anerkennung und als „Förderung der Vereinbarkeit“ der Bestimmungen über internationale Zuständigkeit gewertet werden kann, wenn die Kollisionsrechtsblindheit der Regelungen dazu führt, dass die Privatrechtsordnungen der Mitgliedstaaten im Ergebnis umgestaltet werden.

Weitere Zweifel ergeben sich daraus, dass die in Art. 65 EGV genannten Maßnahmen für das Funktionieren des Binnenmarkts „erforderlich“ sein müssen. Hieraus ergibt sich eine ernstzunehmende Beschränkung der Kompetenz. Das Urteil vom 5. Oktober 2000, mit dem der EuGH die Tabak-Richtlinie wegen Kompetenzmangels für nichtig erklärt hat,⁴³ betont für die Rechtsangleichungskompetenz des Art. 95 EGV, dass die hierauf gestützten Maßnahmen die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes „verbessern“

⁴¹ Siehe aus dem deutschsprachigen Schrifttum den Überblick bei *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1995, S. 75 ff. sowie zuletzt *Bruns*, Der anerkennungsrechtliche ordre public in Europa und den USA, JZ 1999, S. 278 ff.

⁴² Vgl. *Kohler*, (Fn. 6), S. 28 m.w.N.

⁴³ EuGH, Urteil v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 (*Deutschland/Parlament und Rat*). Siehe hierzu insb. die *Editorial Comments*, Taking (the limits of) competences seriously, CMLR 37 (2000), S. 1301 ff.

sollen. Artikel 95 EGV könne nicht dahin ausgelegt werden, „dass er dem Gemeinschaftsgesetzgeber eine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes gewähre“; eine solche Auslegung widerspräche insbesondere dem in Art. 5 EGV niedergelegten Grundsatz, dass die Befugnisse der Gemeinschaft auf Einzelermächtigungen beruhen (Rdnr. 83 des Urteils). Werde behauptet, dass die nach Art. 95 EGV erlassene Maßnahme Wettbewerbsverzerrungen beseitigen solle, sei vom Gerichtshof zu prüfen, ob diese Verzerrungen spürbar sind. „Bestünde diese Voraussetzung nicht, wären der Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers praktisch keine Grenzen gezogen. Zwischen den nationalen Rechtsvorschriften [...] bestehen nämlich vielfach Unterschiede, was sich unmittelbar oder mittelbar auf die Wettbewerbsbedingungen [...] auswirkt. Eine Auslegung [insbesondere des Art. 95] dahin, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber diese [Bestimmung] auch zur Beseitigung nur geringfügiger Wettbewerbsverzerrungen heranziehen dürfte, wäre deshalb mit dem [...] Grundsatz unvereinbar, dass die Befugnisse der Gemeinschaft auf Einzelermächtigungen beruhen“ (Rdnrn. 106 und 107 des Urteils).

Legt man diese Maßstäbe an das oben skizzierte Ratsprogramm zur gegenseitigen Anerkennung an, müssen sich Zweifel an der Tragfähigkeit der hierfür in Frage kommenden Rechtsgrundlage – insbesondere Art. 61 Buchst. c), aber auch Art. 95 EGV – aufdrängen. Dies gilt unter dem hier betrachteten Aspekt nicht für die das EuGVÜ ersetzende Verordnung „Brüssel I“, deren Binnenmarktrelevanz nicht geleugnet werden kann. Anders kann es aber für die familien- und erbrechtlichen Materien sein. Dass diese einen Bezug zu den Politiken des freien Personenverkehrs haben, dass die unterschiedliche Beurteilung des Familienstatus in den Mitgliedstaaten Auswirkungen auf die Freizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit haben kann, soll ebenfalls nicht in Abrede gestellt werden. Dass aber die umfassende Anerkennungsverpflichtung, wie sie das Programm entwirft, zum Funktionieren des Binnenmarkts „erforderlich“ sein soll, bleibt noch zu beweisen.⁴⁴

Unterstellt man, dass für eine oder mehrere ins Auge gefasste Maßnahmen eine Gemeinschaftszuständigkeit grundsätzlich gegeben ist, steht deren Ausübung immer noch unter dem in Art. 5 Abs. 2 EGV festgeschriebenen Subsidiaritätsprinzip, dessen Beachtung der EuGH überprüft. Das dem Amsterdamer Vertrag beigefügte und damit dem Primärrecht angehörende „Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“, in dem die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 5 EGV festgelegt werden, verlangt in Nr. 7, dass bei der Ausübung der gemeinschaftlichen Rechtssetzungsbefugnisse „bewährte nationale Regelungen sowie Struktur und Funktionsweise der Rechtssysteme der

⁴⁴ Die bloße Behauptung, die Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Rechten erschweren den freien Personenverkehr und das Funktionieren des Binnenmarkts – so die Begründungserwägung 4 der Verordnung Nr. 1347/2000 – reicht nicht aus. In dieser Begründungserwägung heißt es im übrigen lediglich, daß die Gemeinschaftsmaßnahme „gerechtfertigt“ sei, von „erforderlich“ ist nicht die Rede.

Mitgliedstaaten geachtet werden“. Die das Programm vom 30. November 2000 kennzeichnende Kollisionsrechtsblindheit der Maßnahmen zur gegenseitigen Anerkennung gefährdet aber „Struktur und Funktionsweise“ der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in erheblichem Maße. Die systematische Anerkennung auch kollisionsrechtlich abweichender Entscheidungen bewirkt eine verdeckte Umgestaltung des internationalen Privatrechts der Anerkennungsstaaten, die mit dem Postulat der Kohärenz und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung nicht zu vereinbaren ist.⁴⁵ Die in dem Ratsprogramm lediglich als „flankierende Maßnahme“ in Aussicht genommene Harmonisierung der Kollisionsnormen erweist sich damit in den Bereichen, in denen eine Vereinheitlichung der Sachnormen weder machbar noch überhaupt wünschbar erscheint, – hier ist an das Ehegüterrecht und an das Erbrecht, aber auch an das Recht der nichtehelichen Verbindungen zu denken – geradezu als Voraussetzung für die großzügige Anerkennung fremder Entscheidungen und insbesondere für den Verzicht auf jede kollisionsrechtliche Nachprüfung. Diese Zusammenhänge in ihrer Tragweite nicht zu erkennen, – besser: nicht wahrhaben zu wollen – sondern darauf zu bauen, dass die politisch vorgegebenen Zauberformel der gegenseitigen Anerkennung die Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Rechten gleichsam zum Verschwinden bringt, begründet ernsthafte Zweifel an der Legitimität des Programms, die unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität eine mehr als nur rechtspolitische Dimension annehmen.

⁴⁵ Siehe dazu *Kohler*, Einheit, Vielheit und Relativität im Kollisionsrecht der EG-Mitgliedstaaten, IPRax 1992, S. 277 ff. (281 ff.). Zum Subsidiaritätsprinzip im Bereich des Familienrechts vgl. *Gaudemet-Tallon*, Droit privé et droit communautaire, Rev. du Marché commun et de l'Union européenne 2000, S. 228 ff. (240).