Die Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen im Rahmen der Verordnungen ROM I bis III

Alexander Pfütze*

Inhalt

A. Einleitung 37
B. Parteiautonomie im Europäischen Kollisionsrecht 39
I. Der Grundsatz der Parteiautonomie 39
II. Die Parteiautonomie unter dem Vertrag von Lissabon 40
C. Strukturelle Gleichheit von ROM I bis III 41
I. Geschichtlicher Überblick 41
II. Allgemeine Wesenszüge 43
1. Status quo des klassischen Kollisionsrechts 43
a) Regelanknüpfung versus Generalklausel 44
b) Herkunftslandprinzip 45
2. Einheitsrecht 46
3. Ausweichklauseln 47
4. Auslegungsmaßstab 48
III. Rechtswahlfreiheit 49
1. Rechtswahl als Anknüpfungsprinzip 49
2. Umfang der Rechtswahl 50
3. Arten und Wirksamkeitsvoraussetzungen der Rechtswahl 52
4. Begrenzung der Rechtswahlfreiheit 53
a) Spezialausprägung zum Schutz des Schwächeren 53
b) Eingriffsnormen 54

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Europarecht und Europäisches öffentliches Recht von Prof. Dr. Torsten Stein und Lehrbeauftragter an der Universität des Saarlandes. Für die wertvollen Diskussionen im Zuge der Erstellung des Beitrages gilt sein besonderer Dank Prof. Dr. Christian Kohler.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) „Ordre public"-Vorbehalt 55
d) Rechtswahl und Binnenmarktklausel 56
IV. Fazit 56
D. Europäische Inhaltskontrolle einer Rechtswahlvereinbarung für ROM I bis III 57
I. Ausgangsüberlegung – eine Standortbestimmung des Schutzes Schwächerer 57
1. Vertragsparität versus ungleicher Verhandlungsstärke 57
2. Der Schutz des Schwächeren in der Praxis 58
a) Verbraucherschutz 58
b) Missbräuchliche AGB 60
c) Zwischenfazit 61
II. Die Inhaltskontrolle – ein dogmatisches Grundkonzept für ROM I bis III 62
1. Funktion, Begriff und Rechtsfolge einer Europäischen Inhaltskontrolle 62
2. Die Legitimität einer Europäischen Inhaltskontrolle im Rahmen von ROM I bis III 63
a) Parallelität der Problematik im Bereich der Europäischen Gerichtsstandsvereinbarungen 63
b) Die Legitimität einer Europäischen Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen 64
c) Zwischenfazit 66
3. Positiv-rechtlicher Ansatz einer Inhaltskontrolle 66
a) Art. 14 Abs. 1 Satz 1 lit. b) ROM II – „frei ausgehandelte Vereinbarung" 66
b) Abschluss- und Inhaltskontrolle – eine nationale Ausgestaltung? 68
4. Inhaltskontrolle bei konkludenter Rechtswahl 70
III. Europäische Ausgestaltung der Inhaltskontrolle 70
1. Europäische Grundrechte und Grundrechte der EMRK 70
a) Drittwirkung von Grundrechten 71
b) Allgemeine Handlungsfreiheit 73

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Einzelne ausgewählte Grundrechte 74
(1) Berufsfreiheit/unternehmerische Freiheit 75
(2) Eigentumsschutz 76
(3) Ehe 77
d) Zwischenfazit 78
2. Allgemeine Rechtsgrundsätze 78
a) Gleichbehandlung 79
b) Vertragliche Solidarität 79
c) Verbot des Rechtsmissbrauchs/Sittenwidrigkeit 80
d) Allgemeiner Grundsatz von Treu und Glauben 81
e) Zwischenfazit 83
E. Gesamtwürdigung und Ausblick 84

A. Einleitung

Im Sinne der Partei- und Privatautonomie beruhen Rechtsordnungen regelmäßig auf dem Prinzip der „Vertragsfreiheit", sodass Verträge im Einvernehmen der Parteien grundsätzlich frei geschlossen werden. Formgültige Verträge vermögen aber auf Grund einer vergleichsweise schwachen Position einer Partei zu ihrem Vertragspartner erhebliche Benachteiligungen für diese zu begründen.[1] Jedoch kann nicht mit jeder Benachteiligung auch eine Unwirksamkeit des Vertrags basierend auf Schutzerwägungen zugunsten Schwächerer einhergehen. Rechte des (stärkeren) Vertragspartners und nicht zuletzt die Rechtssicherheit können dem entgegenstehen. Mit *Publius Iuventius Celsus* „*Ius est ars boni et aequi*" muss das Recht im übertragenen Sinne die Aufgabe haben, einen „guten und billigen" Ausgleich des potenziellen Spannungsverhältnisses von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit herbeizuführen.

1 Vgl. dazu die Ehegatten-Bürgschaftsverträge im deutschen Recht; als Korrektiv zur Schaffung von Einzelfallgerechtigkeit unter etwaiger Negierung der Rechtssicherheit dient dem Richter hier z.B. eine Prüfung des Vertrags hinsichtlich Sittenwidrigkeit und/oder Treu und Glauben, *Jauernig*, in: ders. (Hrsg.), BGB, 13. Aufl. 2009, § 138 BGB, Rdnr. 12; zum Verhältnis zu § 242 BGB vgl. *Mansel*, in: ibid., § 242 BGB, Rdnr. 13.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im sogenannten „Spanier"-Beschluss[2] hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass es nicht nur eine Privilegierung (oder Kehrseite: Diskriminierung) auf der Ebene des Sachrechts, sondern auch auf Ebene des Kollisionsrechts gibt.[3] Übertragen auf die (europäische) Rechtswahl wird die Partei kollisionsrechtlich begünstigt, welche eine Vereinbarung durchsetzt und somit von der gesetzlichen (objektiven) Anknüpfung abweicht, unabhängig davon, welche Auswirkungen die zur Anwendung kommenden Sachnormen haben. Auch im Bereich von Rechtswahlvereinbarungen im Europäischen Kollisionsrecht findet sich durch potentielle Benachteiligungen schwächerer Parteien somit das angesprochene Spannungsverhältnis.

Im Lichte der Verordnungen ROM I bis III[4] ist es Ziel dieses Beitrags, das Spannungsverhältnis zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit im Bereich von Rechtswahlvereinbarungen durch die dogmatische und inhaltliche Entwicklung einer Europäischen Inhaltskontrolle aufzulösen. Hierfür wird in einem ersten Teil (B.) der Begriff der Parteiautonomie angerissen, um sodann (C.) für einen generellen Bewertungsmaßstab die benannten Verordnungen auf ihre Strukturgleichheit zu untersuchen. Den Schwerpunkt dieser Abhandlung (D.) bildet die Frage nach der Existenz und Ausgestaltung einer Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen innerhalb von ROM I bis III auf europäischer Ebene. Der Beitrag endet mit einer Gesamtwürdigung und einem Ausblick (E.).

2 BVerfGE 31, 58 – *Spanier-Beschluss.*

3 Sollte die Grundthese einer Benachteiligung auf Ebene des Kollisionsrechts vom EuGH nicht getragen werden, würde sich insoweit ein weiteres Spannungsfeld zwischen EuGH und BVerfG insbesondere mit Blick auf grundrechtliche Gewährleistungen eröffnen. Vgl. BVerfGE 123, 267 – *Lissabon.*

4 VO (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (ROM I), ABl. L 177 v. 4.7.2008, S. 6; VO (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (ROM II), ABl. L 199 v. 31.7.2007, S. 40; VO (EU) Nr. 1259/2010 des Rates v. 20.12.2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (ROM III), ABl. L 343 v. 29.12.2010, S. 10.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Parteiautonomie im Europäischen Kollisionsrecht

Der Rechtsbegriff der Parteiautonomie[5] ist mit den Namen *Dumolin*, *von Savigny* und *Mancini* eng verbunden[6] und erscheint mit Blick auf geltende und geplante europäische Gesetzgebungsakte samt seiner Ausprägungen quasi als Axiom. Dies verdeutlichen sowohl das Internationale Privat- und Verfahrensrecht als auch das Einheitsrecht.[7]

I. Der Grundsatz der Parteiautonomie

Begründet auf Menschen- und Grundrechte, welche die freie Entfaltung der Persönlichkeit gewährleisten,[8] stellt die Parteiautonomie als kollisionsrechtliches Pendant zur materiell-rechtlichen Privatautonomie eines der grundlegenden Prinzipien des Europäischen Kollisionsrechts dar.[9] Inhaltlich bedingt die Parteiautonomie die kollisionsrechtliche Freiheit der Rechtswahl,[10] die Privatautonomie hingegen determiniert die Freiheit, den materiellen Vertragsinhalt zu wählen. Dogmatisch besteht somit ein bedeutender Unterschied. Im Rahmen der Privatautonomie ist es den Parteien grundsätzlich nicht möglich, zwingende nationale Regelungen auszuschließen. Auf der Ebene der Parteiautonomie kann dieses Ergebnis durch die entsprechende Wahl eines anderen Rechts erreicht werden. Somit wirkt die Partei- über die Privatautonomie hinaus.[11] Nicht nur deshalb ist die Frage nach einer Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen von Bedeutung. Auch zeigt sich in der Praxis, dass die Privatautonomie im Gegensatz zur Parteiautonomie einer zunehmenden sozialen Kontrolle durch die zuständigen Gerichte unterworfen wird.[12] Schließlich stellt die Parteiautonomie eine Art Kompromiss dar, sofern eine Einigung der Gesetzgebungsorgane auf objektive Anknüpfungsmomente nicht erzielt werden kann.[13]

---

5 Zum Begriff vgl. *Jaspers*, Nachträgliche Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht, 2002, S. 31 ff.

6 Im Überblick *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 2009, S. 6 ff., Rdnr. 18 ff.

7 Näher *Hohloch*, in Erman (Hrsg.), BGB, 12. Auf. 2008, Einl. Art. 3-47 EGBGB, Rdnr. 3 ff., insb. Rdnr. 7 f.

8 *Jayme*, L'autonomie de la volonté des parties dans les contracts internationaux entre personnes privées, Annuaire de l'Institut de Droit International 64-I (1991), S. 65 f.

9 *Rauscher*, (Fn. 6), S. 68, Rdnr. 287 ff.

10 Verschiedentlich werden die Begriffe „Freie Rechtswahl" und „Parteiautonomie" auch synonym gebraucht; vgl. dazu *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 2006, § 40 I, S. 292 f.

11 *Leible*, Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?, in: Fs. Jayme, 2004, S. 485.

12 Vgl. u.a. *Leible/Röder*, Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im Europäischen Zivilprozessrecht, RIW 2007, S. 481 ff.

13 *Jayme*, Die Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie, in: Jud/Rechberger/Reichelt, Kollisionsrecht in der Europäischen Union, 2008, S. 65.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

II. Die Parteiautonomie unter dem Vertrag von Lissabon

Im Lichte des Rechtsvereinheitlichungsprozesses wurde die Parteiautonomie bis zum Reformvertrag hauptsächlich mit dem gemeinsamen Binnenmarkt in Verbindung gebracht.[14] Die europäische Integration war vor allem von wirtschaftlichen Bedürfnissen der Marktteilnehmer geleitet. Zu nennen sind hier zuerst die Grundfreiheiten, welche die Parteiautonomie beeinflussen.[15]

Der Vertrag von Lissabon formuliert nun einen Wechsel der dargestellten Perspektive.[16] Der Binnenmarkt (Art. 81 und 114 ff. AEUV) bleibt zwar legitimes Anknüpfungsmoment für Gesetzgebungsakte, allerdings rückt der Unionsbürger als Träger von Rechten und Pflichten im europäischen (grenzüberschreitenden) Kontext verstärkt in den Mittelpunkt.[17] Die Unionsbürgerschaft ist mittlerweile vielfältig ausgeprägt. Nicht nur Anbieter oder Verbraucher verbergen sich hinter dem Begriff, sondern beispielsweise auch Ehegatten, Namensträger und Erblasser. Indiz für den Wandel sind elementare Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes aus dem Bereich der Art. 20 ff. AEUV, welche immer neue Rechte des Einzelnen hervorbringen.[18] Zu nennen sind zum Beispiel das Recht der Förderung eines Auslandsemesters[19] und das Recht eines Unionsbürgers, den Familiennamen der eigenen Kinder entgegen den IPR-Normen des Aufenthaltsstaats zu ändern.[20] Tendenziell findet ein Wandel vom Markt zum Menschen statt, welcher mit dem im 19. Jahrhundert von *Mancini* im Internationalen Privatrecht eingeleiteten Wechsel vom Staat zum Menschen vergleichbar ist.[21] Der Vertrag von Lissabon verleiht dieser Tendenz weitergehende Konturen. So benennt Art. 2 Abs. 2 EUV ausdrücklich das Ziel der Schaffung eines „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts". Die Bedeutung des Vorhabens illustriert sich auch durch Art. 3 EUV, der dieses Ziel sogar vor dem Binnenmarkt anführt. Gleichsam

14 *Cherednychenko*, EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law, European Review of Private Law 2006, S. 34 ff.

15 Vgl. hierzu z.B. Sicherungsrechte im Kreditsicherungsrecht *von Wilmowski*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 12 IV 6, Rdnr. 39.

16 Zum Überblick *Wagner*, Aktuelle Entwicklungen in der europäischen justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, NJW 2010, S. 1707 ff.

17 Vgl. *Kohler*, Schlusswort zum Kollisionsrecht, Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht im Lichte der gemeinschaftsrechtlichen Reformen, in: Jud/Rechberger/Reichelt, (Fn. 13), S. 181 f.

18 Ibid., S. 181.

19 EuGH, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan und Bucher*, Slg. 2007, I-9161.

20 EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613.

21 *Jayme*, Menschenrechte und Theorie des Internationalen Privatrechts, in: Gesammelte Schriften III: Internationales Privatrecht und Völkerrecht, 2003, S. 103.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wird dem Raumkonzept ein eigener Titel (Art. 67 bis 89 AEUV) im AEUV gewidmet.[22] Artikel 81 Abs. 2 AEUV statuiert exemplarisch die Lossagung vom Binnenmarktkonzept als *status quo*. Ein Maßnahmenerlass soll „insbesondere" für die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts erforderlich sein, jedoch nicht zwingender Grund, so dass das bürgerorientierte Raumkonzept mit dem Reformvertrag zu einer eigenständigen Unionspolitik erwächst.

Durch die Beschränkung der EU-Kompetenzen auf grenzüberschreitende Sachverhalte nach Art. 81 Abs. 1 AEUV verbleibt es bei der Gewichtigkeit des Europäischen Kollisionsrechts. Die Zuständigkeiten der Union erstrecken sich neben der Vereinheitlichung von Verweisungsnormen des Internationalen Privatrechts und Bestimmungen über nationales Verfahrensrecht auch auf den Erlass einheitlicher Sachnormen für grenzüberschreitende Sachverhalte.[23] Freilich ist der zunächst weit verstandene Anwendungsbereich durch die genannten Kompetenzgrundlagen sowohl positiv als auch negativ beeinflussbar, sodass abzuwarten bleibt, wie die europäischen Kompetenzen ausgeübt werden. Insoweit verknüpft sich das Schicksal der Parteiautonomie.

C. Strukturelle Gleichheit von ROM I bis III

Um die zentrale Frage einer Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen im Rahmen der bezeichneten Verordnungen zu untersuchen, müssen diese für einen einheitlichen Bewertungsmaßstab zunächst hinsichtlich ihrer strukturellen Gleichheit betrachtet werden.[24] Neben einem kurzen Überblick über Geschichte und allgemeine Wesenszüge rückt schwerpunktmäßig, in Anknüpfung an die beschriebene Parteiautonomie, die Rechtswahlfreiheit in den Mittelpunkt.

I. Geschichtlicher Überblick

Die Vereinheitlichung von Internationalem Privatrecht ist ein langjähriger Prozess. Der europäische Gesetzgeber ist die letzten Jahre im Bereich des Europäischen

22 Zur allg. Übersicht *Hoppe*, in: Lenz/Borchert (Hrsg.), EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Vorbem. zu Art. 67 AEUV, Rdnr. 1 ff.

23 Zur dogmatischen Einordnung im generellen Überblick (bereits im EGV) *Kohler*, Vom EuGVÜ zur EuGVVO: Grenzen und Konsequenzen der Vergemeinschaftung, in: Fs. Geimer, 2002, S. 465 ff.

24 Instruktiv *Leible*, ROM I und ROM II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009, S. 1 ff.; *Rühl*, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, in: Fs. Kroppholler, 2008, S. 187 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kollisionsrechts aber keineswegs untätig geblieben.[25] Basierend auf einem Vorschlag der Kommission von 1972, wurde im Jahre 1980 das „Römische EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht" (EVÜ) entwickelt.[26] Als völkerrechtliches Übereinkommen ausgestaltet,[27] verdeutlicht bereits der Name, dass Regelungen zu außervertraglichen Schuldverhältnissen zunächst ausgespart wurden. Schon die Umsetzung für vertragliche Schuldverhältnisse stellte die (damalige) EG vor diffizile Probleme, welche sich insbesondere durch den Beitritt des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks erklärten, so dass – dem Zeitfaktor geschuldet – auf Regelungen im Bereich außervertraglicher Schuldverhältnisse verzichtet wurde. Mit dem Vertrag von Maastricht aus dem Jahre 1993 und der Einführung der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen wurde 1996 damit begonnen, Verhandlungen über die Vereinheitlichung Internationalen Privatrechts auch im Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse aufzunehmen. Getragen von inhaltlichen Differenzen zwischen dem Europäischen Parlament und Rat/Kommission wurde ROM II am 11. Juli 2007 erlassen und ist seit dem 11. Januar 2009 in Kraft.[28] Vergleichsweise schnell wurde ROM I entwickelt. Auf Grundlage eines Grünbuchs[29] wurde es am 17. Juli 2008 erlassen. Dieses „schnelle" Verfahren ist unter anderen dem Umstand geschuldet, dass wesentliche Teile aus dem EVÜ übernommen und strittige Punkte aus dem Vorschlag entfernt wurden. ROM I trat am 17. Dezember 2009 in Kraft. Erhebliche Schwierigkeiten ergaben sich jedoch bei der Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts in Ehesachen bei ROM III.[30] Zu kämpfen war mit Vorbehalten und Widerständen, denn die nationalen Ansätze divergierten erheblich.[31] Während einige Mitgliedstaaten eine erleichterte Ehescheidung normieren wollten (insbesondere Schweden[32]), verlangten andere eine restriktive Handhabung

25 Zum Überblick: *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2007: Windstille im Erntefeld der Integration, IPRax 2007, S. 493 ff.

26 ABl. C 27 v. 26.1.1998, S. 34 ff. (konsolidierte Fassung); vgl. zur Geschichte *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, § 3 I, S. 38 ff.

27 *Rauscher*, (Fn. 6), § 10 B, Rdnr. 1079.

28 Art. 32 ROM II; zum intertemporalen Anwendungsbereich von ROM II vgl. *Bücken*, Intertemporaler Anwendungsbereich der ROM II-VO, IPRax 2009, S. 125 ff.

29 Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahre 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung, KOM (2002) 654 endg.

30 Näher *Wagner*, (Fn. 16), S. 1709.

31 *Kohler*, Einheitliche Kollisionsnormen für Ehesachen in der europäischen Union: Vorschläge und Vorbehalte, FÜR 2008, S. 193 ff.

32 Stellungnahme der schwedischen Regierung zu dem Vorschlag der Kommission, Faktapromemoria 2006/07: FPM 8, Förordning om val av lag för skilsmässa.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bzw. die Scheidung sogar ganz auszuschließen.[33] Der bereits 2006 von der Kommission aufgelegte Entwurf für eine ROM III-Verordnung[34] ist nunmehr auf Grund „unüberwindbarer Schwierigkeiten" endgültig gescheitert.[35] Stattdessen beschreiten 14 Mitgliedstaaten erstmals den durch den Vertrag von Lissabon eröffneten Weg der Verstärkten Zusammenarbeit.[36] Den übrigen Mitgliedstaaten steht eine nachträgliche Beteiligung offen. Welcher Erfolg sich nun durch die neue ROM III-Verordnung einstellen wird, insbesondere mit Blick auf das *Forum-Shopping*, wird die Zukunft zeigen. Nach Art. 2 ROM III ist ROM III stets in Zusammenhang mit der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend dem anwendbaren Recht in diesem Bereich zu sehen. Das Konfliktpotenzial in dem sensiblen Bereich des Scheidungsrechts veranschaulichen die von Malta und Finnland abgegebenen Erklärungen zur Verstärkten Zusammenarbeit bildhaft.[37]

II. Allgemeine Wesenszüge

Im Folgenden werden die Fundamente der Verordnungen vergleichend beschrieben. Der Untersuchungsgegenstand setzt sich aus dem *status quo* des klassischen Kollisionsrechts, dem „Lois uniformes"-Ansatz, Ausweichklauseln und dem Auslegungsmaßstab zusammen.

1. Status quo des klassischen Kollisionsrechts

In einem ersten Schritt werden die Anknüpfungsmomente der Verordnungen dargestellt und mit Generalklauseln in Bezug gesetzt. Sodann wird zum allgemeinen Herkunftslandprinzip Stellung genommen.

---

33 Letzteres insb. Malta, das eine Scheidung durch seine Gerichte überhaupt nicht zulässt. Vgl. zum Problemkreis *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2006: Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee?, IPRax 2006, S. 548.

34 Vorschlag für eine VO des Rates v. 17.7.2006 zur Änderung der VO (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend dem anwendbaren Recht in diesem Bereich, KOM (2006) 399 endg.

35 Vgl. dazu Rat der EU, 17046/10, Interinstitutionelles Dossier: 2010/0067 (CNS) v. 26.11.2010, S. 1; Zum Entstehungsprozess vgl. auch die Erwägungsgründe 3-8 ROM III.

36 Gestützt auf die Rechtsgrundlagen der Art. 20 EUV, Art. 81 Abs. 3 und 326 ff. AEUV; näher dazu Beschluss über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABl. L 189 v. 22.7.2010, S. 12; zum näheren Hintergrund und m.w.N. *Andrae*, Kollisionsrecht nach dem Lissabonner Vertrag, FÜR 2010, S. 505 ff.; vgl. auch zur Verstärkten Zusammenarbeit in diesem Bereich den Beitrag von *Zeitzmann* in diesem Heft.

37 Vgl. dazu Anlage III (Erklärung Malta) und Anlage IV (Erklärung Finnland) zu Rat der EU, 17046/10, Interinstitutionelles Dossier: 2010/0067 (CNS) v. 26.11.2010, S. 7 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Regelanknüpfung versus Generalklausel

Als Anhaltspunkt für die gesetzlichen Rahmenbedingungen von ROM I diente das EVÜ. Nicht als Generalklausel ausgestaltet, sieht Art. 4 EVÜ am Anfang das Prinzip der engsten Verbindung vor. Das Pendant dazu stellt Art. 4 ROM I dar. Hier findet sich das Prinzip nunmehr am Ende des Artikels. Artikel 4 ROM I wird mit verschiedenen Vertragsarten eingeleitet, für die eine feste Anknüpfung besteht. Ziel dieser Aufzählung soll es sein, den Parteien zu ermöglichen, einen fundierten Überblick über das anzuwendende Recht zu bekommen, um schließlich eine bewusste Entscheidung bezüglich der Rechtswahl zu treffen.[38] Der Ansatz soll Rechtssicherheit gewährleisten, birgt allerdings gewisse Problematiken. Mit der Benennung einzelner Vertragsarten müssen solche auch definiert und gegen andere Vertragstypen abgegrenzt werden. Im Hinblick auf die Vereinheitlichung Europäischen Kollisionsrechts muss eine autonome Begriffsbestimmung zu Grunde gelegt werden, um 27 verschiedene Auslegungen zu vermeiden. Deshalb greifen nationale Gerichte des Öfteren auf Anhaltspunkte aus dem EVÜ und der EuGVVO[39] zurück. Im Ergebnis verzichtet ROM I auf Generalklauseln.

ROM II charakterisiert zum Beispiel den Ort des Schadenseintritts oder den Ort der Beeinträchtigung der Wettbewerbsbeziehungen als Anknüpfungsregel. Statuiert ist mit Art. 4 ROM II eine allgemeine Kollisionsnorm, welche allerdings später durch spezielle Kollisionsnormen unter anderem im Bereich der Produkthaftung (Art. 5 ROM II) und des unlautereren Wettbewerbs (Art. 6 ROM II) ergänzt wird. Die in den Verhandlungen vom Europäischen Parlament diskutierte Generalklausel, der sodann Vermutungsregeln folgen sollten,[40] scheiterte letztlich im Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments.[41] Im Ergebnis konnte sich der von der Kommission bevorzugte Ansatz einer Regelanknüpfung durchsetzen.[42] Teilweise wird deshalb vertreten, dass ROM II eher konservativ ausgestaltet sei.[43] Dem ist jedoch entge-

---

38 Näher *Wagner*, Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anzuwendende Recht, IPRax 2008, S. 378.

39 VO (EG) Nr. 44/2001 des Rates v. 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 12 v. 16.1.2001, S. 1; vgl. Erwägungsgrund 17 ROM I, der auf Art. 5 EuGVVO verweist; die EuGVVO kann als prozessuales Pendant zu ROM I und II verstanden werden.

40 Entwurf eines Berichts v. 11.11.2004 über den Vorschlag für eine VO des Euopäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, 2003/0168 (COD), S. 15. Für eine Generalklausel plädierte insb. die damalige Berichterstatterin *Wallis*. Ihre Argumentation stützte sich darauf, dass es im Ermessen der Gerichte stehen müsse, eine entsprechend gerechte und vernünftige Lösung zu finden.

41 Vgl. Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments v. 6.7.2005, IPRax 2006, S. 413 ff.

42 Auf die in diesem Zusammenhang zu benennenden Ausweichklauseln und ihre Vermutungen soll an späterer Stelle eingegangen werden.

43 Von *Hein*, Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der ROM II-Verordnung, ZEuP 2009, S. 9.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

genzuhalten, dass eine Generalklausel als Anknüpfungsprinzip im (Europäischen) Kollisionsrecht erhebliche Gefahren in sich birgt. Sie bedingt die Unvorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts und ist mit dem Prinzip der Rechtssicherheit schwerlich zu vereinbaren. Insbesondere mit Blick auf die EU, in der 27 Mitgliedstaaten europäisches Recht auslegen, kann dem Grundsatz der Rechtssicherheit durch Generalklauseln als Anknüpfung nicht Rechnung getragen werden.

Schließlich verzichtet auch ROM III auf eine Generalklausel. Die Anknüpfungsregel wird zunächst durch Art. 5 ROM III bestimmt. Hiernach ist wiederum der enge Bezug erforderlich. Anknüpfungspunkt ist unter anderem der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt, die Staatangehörigkeit oder der Gerichtsort. Im Falle mangelnder Rechtswahl wird mit Art. 8 ROM III gleichermaßen einer Generalklausel vorgebeugt. Artikel 8 ROM III legt eine Reihe von Regelanknüpfungen fest. Ausweislich der Erwägungsgründe ist die Gewährleistung größerer Rechtssicherheit und Berechenbarkeit beabsichtigt.[44] Die Aufzählungen in den Art. 5 und 8 ROM III tragen dem Umstand Rechnung, den Parteien von vornherein das anwendbare Recht zu offenbaren. Eine Generalklausel würde diesem Ansatz hingegen nicht gerecht.

Den Verordnungen liegt folglich das klassische kollisionsrechtliche Verständnis zu Grunde. Mit *von Savigny*[45] gehen die Verordnungen vom Grundsatz der engsten Verbindung aus. Eine Konkretisierung erfolgt sodann strukturgleich durch feste Anknüpfungsmomente.

b) Herkunftslandprinzip

Eine viel diskutierte Kontroverse im Internationalen Privatrecht stellt das Herkunftslandprinzip dar.[46] Uneinheitlich in den Gesetzgebungsakten ausgestaltet,[47] ist das Herkunftslandprinzip eng mit den Grundfreiheiten verbunden; im Vordergrund steht hier der gemeinsame Binnenmarkt.[48] Kommt dem Herkunftslandprinzip damit Allgemeingültigkeit zu? Neben den Extremen wird teilweise eine vermittelnde Ansicht vertreten und dem Prinzip grundsätzlich ein kollisionsrechtlicher Gehalt beigemessen.[49]

---

44 Vgl. insb. Erwägungsgründe 9 und 29 ROM III.

45 Vgl. *Wilderspin*, The ROME II Regulation: Some policy obversations, NIPR 2008, S. 409 ff.

46 Zum Begriff *Kohler*, Der europäische Justizraum für Zivilsachen und das Gemeinschaftskollisionsrecht, IPRax 2003, S. 401 ff.

47 Vgl. hierzu *Leible*, (Fn. 24), S. 7 ff.

48 In diesem Sinne auch *Basedow*, Dienstleistungsrichtlinie, Herkunftslandprinzip und Internationales Privatrecht, EuZW 2004, S. 423.

49 *Kohler*, (Fn. 46), S. 411; bestätigt durch die Rechtsprechung, vgl. EuGH, Rs. C-166/03, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2004, I-6535, Rdnr. 12.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Bereich von ROM I kann historisch auf Art. 4 Abs. 5 EVÜ verwiesen werden, welcher die Nichtanwendbarkeit des Herkunftslandprinzips mit Drittstaatenbezug begründet. Würde das Herkunftslandprinzip aber im Übrigen zwischen den Mitgliedstaaten gelten, würde man eine unterschiedliche kollisionsrechtliche Anwendung zwischen den Mitgliedstaaten sowie Mitgliedstaaten und Drittstaaten erzeugen. Eine Vereinheitlichung Europäischen Kollisionsrechts würde durch eine unnötige Spaltung tangiert, so dass im Umkehrschluss eine Anwendung des Prinzips ausscheidet. Dieser Gedanke wird nunmehr ergebnisgleich durch Art. 4 Abs. 3 ROM I gestützt. Obwohl ausdrücklich gefordert,[50] wurde bei der Umsetzung von ROM II dennoch auf das Herkunftslandprinzip als feste Normierung verzichtet. Im Deliktsrecht würden ansonsten die Opferinteressen in nicht zu rechtfertigender Art nach dem Herkunftslandprinzip allein am Maßstab des Handlungsortes bewertet werden – aus Gerechtigkeitserwägungen eine unzumutbare Systematik. In Ehesachen (ROM III) ergibt sich das gleiche Bild. So lässt sich die Drittstaatenproblematik von ROM I auch in diesem Bereich anführen.[51] Am Beispiel Maltas wäre eine Ehe nach dem Herkunftslandprinzip im Grundsatz nicht scheidbar und eine untragbare Härte.[52] Das Herkunftslandprinzip besitzt somit im Internationalen Privatrecht keine Allgemeingültigkeit, denn die insoweit strukturgleichen ROM I bis III verankern das Prinzip nicht.

2. Einheitsrecht

Obwohl fragmentarisch ausgestaltet, schaffen ROM I bis III Einheitsrecht (sogenanntes „*lois uniformes*"), das umfängliches und unbedingtes Recht mit Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten setzt.[53] Strukturgleich werden Differenzierungen bezüglich reiner Drittstaatensachverhalte ausgespart; es reicht der Bezug zu verschiedenen Rechtsordnungen,[54] sodass Drittstaatenrecht Anwendung finden kann.[55] Das mag zunächst im Blickfeld des Binnenmarktes verwundern. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit soll aber richtigerweise eine Vielzahl unterschiedlicher nationaler, europäischer und auch völkerrechtlicher Regelungen vermieden werden, um die Vereinheitlichung Europäischen Kollisionsrechts zu

50 *Leible*, (Fn. 24), S. 7 ff.

51 Vgl. dazu Ausführungen *Gärtner*, Die Privatentscheidung in deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalem Privat- und Verfahrensrecht, 2008, S. 370 ff.

52 Art. 13 ROM III beschreibt den umgekehrten Fall, dass sich Malta nicht nach europäischen Regelungen richten muss, insoweit maltesisches Recht weiterhin keine Scheidung statuieren muss – dies ist nicht identisch mit dem Herkunftslandprinzip.

53 Zu Überblick/Begriff *Rauscher*, (Fn. 6), S. 35, Rdnr. 149 ff.

54 Vgl. dazu Art. 1 Abs. 1 ROM I, Art. 1 Abs. 1 ROM II, im Wortlaut offen Art. 4 ROM III.

55 Vgl. dazu Art. 2 ROM I, Art. 3 ROM II, im Wortlaut offen Art. 4 ROM III.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gewährleisten. Eine (nur) innereuropäische Regelungskompetenz würde aber gerade eine breite Regelungsanzahl auf unterschiedlichen Ebenen nach sich ziehen. Letztlich wird dieser Ansatz nunmehr auch durch Art. 81 AEUV bestärkt, der das Binnenmarktziel – wie beschrieben – nicht mehr als Maß aller Dinge bezeichnet. In unionsrechtlicher Hinsicht können etwaige Bedenken ebenfalls ausgeräumt werden. Neben dem Vorteil des Gleichlaufs mit der EuGVVO ist die Drittstaatenkompetenz auch mit den Grundfreiheiten und dem Wettbewerbsrecht vereinbar, unterstützen diese sogar.[56] Es kann dem Binnenmarkt nur zuträglich sein, wenn auch bei Drittstaaten die europäischen Kollisionsnormen zum Zug kommen. Nicht nur der Praktikabilität einer Vereinheitlichung Europäischen Kollisionsrechts wird gedient, sondern auch der Stabilität einer noch sehr jungen europäischen Rechtsmaterie verbunden mit Rechtssicherheit für die Bürger.

3. Ausweichklauseln

Die Systematik der Verordnungen wird auch durch sogenannte Ausweichklauseln charakterisiert. Hierbei handelt es sich um Normen, die aus Gerechtigkeitserwägungen eine alternative Anknüpfung ermöglichen.[57] Die Erörterung dieser Problematik findet sich in ROM I im Erwägungsgrund Nr. 20, gesetzlich normiert insbesondere in Art. 4 Abs. 3 ROM I. Ähnliches wird mit Art. 4 Abs. 3 ROM II auch im Bereich außervertraglicher Schuldverhältnisse statuiert. Während ROM II auf Erläuterungen in den Erwägungsgründen verzichtet, werden im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 3 ROM I jedoch innerhalb des Art. 4 Abs. 3 Satz 2 ROM II entsprechende erläuternde Beispiele gegeben. Darüber hinaus finden sich Ausweichklauseln in breiter Anzahl in den jeweiligen Anknüpfungsregeln der Verordnungen selbst.[58] In der Natur der Sache liegend, werden Ausweichklauseln in ROM III (verzichtet ROM III doch auf unbegrenzte Parteiautonomie) nicht explizit angesprochen. Allerdings verbergen sie sich funktional in den Art. 5 ff. ROM III. Eine entsprechend enge Beziehung wird jeweils in dem abschließenden Katalog vorausgesetzt.

Dem Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit durch Ausweichklauseln wird teilweise mit Skepsis begegnet.[59] So wird vorgetragen, dass zwar eine Korrekturmöglichkeit stets vorhanden sein müsse, aber letztlich eine

---

56 Unterschiede ergeben sich derzeit im Bereich des Internationalen Gesellschaftsrechts, vgl. *Brödermann*, Paradigmenwechsel im Internationalen Privatrecht, Zum Beginn einer neuen Ära seit 17.12.2009, NJW 2010, S. 809 f.

57 *Rauscher*, (Fn. 6), S. 76, Rdnr. 335 ff.

58 So z.B. Art. 5 Abs. 2, Art. 10 Abs. 4, Art. 11 Abs. 4, Art. 12 Abs. 2 lit. c) ROM II.

59 Vgl. *Schreiber*, Ausweichklauseln im deutschen, österreichischen und schweizerischen IPR, 2001, S. 75 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

benannte Anknüpfung umgangen würde. Die Festschreibung der Anknüpfung hätte eine eigene Gewichtung, die der Kontinuität und schließlich der Rechtssicherheit dienen würde. Ausweichklauseln würden dieses Ordnungsinteresse aber nicht stärken, sondern konterkarieren und gleichfalls ein „Heimwärtsstreben" von Gerichten fördern.[60] Dieser Gedankengang wurde von der Kommission sodann zum Anlass genommen, die Ausweichklausel im Gesetzgebungsverfahren zu ROM I zu streichen.[61] Rat und Parlament haben dies zu Recht verhindert. Zwar ist es im Grundsatz richtig, dass Ausweichklauseln feste Anknüpfungsprinzipien tangieren, als Korrektiv sind sie (jedenfalls derzeit) mangels spezifischer Regelungen und fragmentarischer Ausgestaltung jedoch unverzichtbar. Wenn die Anknüpfungsregeln zu einem sachfremderen Recht führen, muss in kollisionsrechtlicher Hinsicht ein Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit geschaffen werden. Die Verpflichtung des nationalen Richters, zwingend zugunsten der Rechtssicherheit sachferneres Recht anzuwenden, darf es nicht geben.[62] In diesem Fall würde dem Grundsatz der Einzelfallgerechtigkeit nicht gerecht. Spiegelbildlich darf die Einzelfallgerechtigkeit nicht dazu führen, dass im Bereich juristischer Grauzonen zahlreiche anwaltliche Spitzfindigkeiten unter Negierung der Rechtssicherheit herangezogen werden, um die Anwendung des sachnäheren Rechts zu gewährleisten. Ausweichklauseln haben in der beschriebenen Wechselwirkung quasi ein „ultima ratio"-Moment und sind deshalb restriktiv zu behandeln.

Die unterschiedliche Festmachung und Formulierung von Ausweichklauseln in den Verordnungen soll an dieser Stelle keiner näheren Untersuchung unterzogen werden. Für den weiteren Verlauf dieses Beitrags genügt die Feststellung, dass die Methodik der Ausweichklauseln und das abzuwägende Verhältnis zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit den Verordnungen inhärent ist. Hier lässt sich ein allgemeiner (sozialer) Wesenszug der Verordnungen übergreifend bestimmen.

4. Auslegungsmaßstab

Die bisher ermittelten Ergebnisse zeigen eine gewisse systematische und dogmatische Kohärenz. Schließlich ist auffällig, dass die Verordnungen die gleichen Rechtsbegriffe verwenden. Identische Begriffsverwendungen im Europäischen Kollisionsrecht müssen im Grundsatz den gleichen Bedeutungsgehalt haben. Nicht nur geht es um die Vereinheitlichung Europäischen Kollisionsrechts, sondern gleichermaßen um eine einheitliche „Europäische Rechtsordnung". Unterschiede im Wertgehalt von Begriffen können sich demnach nur ergeben, wenn ausnahmsweise Charakteristika und Ziele der Verordnungen dazu zwingen.[63] Unter dem

60 Umfassend *Hirse*, Die Ausweichklausel im Internationalen Privatrecht, 2006, S. 112 ff.

61 KOM (2005) 650 endg., S. 6.

62 *Kroppholler*, (Fn. 10), § 4 II, S. 28.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesichtspunkt einer einheitlichen „Europäischen Rechtsordnung" durch Harmonisierung des nationalen Rechts überrascht es auch nicht, dass der Gesetzgeber das Verhältnis der Verordnungen bedacht hat. Erwägungsgrund 7 ROM I stellt den Bezug in Form der Aufforderung zum Einklang mit ROM II und der EuGVVO her. Der gewollte Gleichlauf der Verordnungen wird hier zum Ausdruck gebracht. Es lassen sich im Vergleich der Verordnungen zahlreiche Beispiele einer synonymen Begriffsbestimmung finden. Exemplarisch soll an dieser Stelle der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes dienen. Artikel 4 Abs. 2 ROM I, Art. 4 Abs. 2 ROM II und Art. 5 ROM III sprechen von einem gewöhnlichen Aufenthalt. Die autonome Rechtsbegriffsbestimmung ist somit verordnungsübergreifend möglich.

III. Rechtswahlfreiheit

Die Freiheit der Rechtswahl ist gemäß Art. 3 ROM I, Art. 14 ROM II und Art. 5 ROM III in den Verordnungen zunächst grundsätzlich strukturgleich fest verankert. Eine tiefergehende Differenzierung wird anhand der Kriterien Anknüpfungsprinzip, Umfang, Arten und Wirksamkeitsvoraussetzungen von Rechtswahlvereinbarungen und deren Grenzen vorgenommen.

1. Rechtswahl als Anknüpfungsprinzip

Das Manifest der Rechtswahlfreiheit liegt ROM I bis III als Anknüpfungsprinzip zu Grunde. Das mag für den Bereich der schuldrechtlichen Verträge nicht überraschen, ist es doch den meisten nationalen Rechtsordnungen inhärent.[64] Im Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse war es in den nationalen Staaten bis ROM II hingegen eher die Ausnahme denn die Regel, das anzuwendende Recht an der Parteiautonomie zu messen.[65] Mit Art. 14 Abs. 1 lit. a) ROM II kann nun grundsätzlich von jedermann eine Rechtswahl *ex post* getroffen werden. Sofern eine kommerzielle Tätigkeit der beteiligten Parteien vorliegt, kann die Rechtswahl gemäß Art. 14 Abs. 1 lit. b) auch *ex ante* vorgenommen werden. Revolutionär jedoch ist die Einführung der – wenn auch begrenzten – Rechtswahlfreiheit in ROM III. Mit Art. 5 ROM III wird ein Novum geschaffen. Einzelstaatliche Kollisionsnormen im Bereich Scheidung/Trennung gereichen überwiegend nur zu einer Lösung eines bestimmten Sachverhalts. Das Prinzip der Parteiautonomie hat hier eine marginale Entfaltungsmöglichkeit. ROM III bietet durch Art. 5 ROM III nunmehr (beschränkte) Flexibilität.

---

63 Vgl. dazu u.a. *Bitter*, Auslegungszusammenhang zwischen der Brüssel I-Verordnung und der künftigen ROM I-Verordnung, IPRrax 2008, S. 86 ff.

64 Dieses Prinzip wurde auch bereits durch Art. 3 EVÜ formuliert. Zum vertraglichen Schuldrecht insgesamt *Rauscher*, (Fn. 6), S. 248 ff., Rdnr. 1083 ff.

65 Auch in Deutschland gab es die Rechtswahlfreiheit in diesem Bereich nicht.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In einer Gesamtschau der Verordnungen verdeutlicht sich, dass Rechtswahlfreiheit im Europäischen Kollisionsrecht heutzutage nicht mehr als Verlegenheitslösung betrachtet werden kann. Vielmehr wird ein allgemeines Anknüpfungsprinzip statuiert.[66] Parteiautonomie überwiegt den Ansatz objektiver Anknüpfungsmerkmale, welche in den Verordnungen nur als subsidiär gegenüber der Parteiautonomie ausgestaltet sind und als Auffangtatbestände, insbesondere als Korrektiv zur Einhaltung überragend wichtiger Allgemeininteressen, eingreifen sollen. In diesem Kontext soll dargelegt werden, dass bei der Anwendung von objektiven Anknüpfungsmerkmalen stets der Versuch unternommen wird, eine reine Anwendung durch eine Kombination von Parteiautonomie als subjektives Anknüpfungsmoment und den objektiven Anknüpfungsmomenten zu ersetzen. Dahinter steht der Gedanke der kulturellen Identität.[67]

2. Umfang der Rechtswahl

Vorgreifend schließen Art. 20 ROM I, Art. 24 ROM II und Art. 11 ROM III eine Rück- und Weiterverweisung aus. Nach Wortlaut und Systematik handelt es sich um eine Beschränkung der Rechtswahl auf die Vorschriften des materiellen Rechts. Ob es sich hierbei um dispositives oder zwingendes Recht handelt, mag an dieser Stelle dahinstehen.[68] Jedenfalls sprechen Art. 20 ROM I, Art. 24 ROM II und (nunmehr auch) Art. 11 ROM III von „geltenden Rechtsnormen". Insofern kann der Schluss gezogen werden, dass eine Rechtswahl nur bezüglich geltenden Rechts getroffen werden kann.

Die Verordnungen verankern in ihrem Wortlaut gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 1 ROM I, Art. 14 Abs. 1 ROM II und Art. 5 ROM III die Wahl des „Rechts". Hiermit ist aber keine Aussage darüber getroffen, ob es sich hierbei nur um staatliches Recht handelt. Auch die Wahl „nicht-staatlichen" Rechts käme somit in Betracht.

Im Bereich ROM I muss zunächst mit der Entstehungsgeschichte argumentiert werden. Im Entwurfsstadium prallten in der Tat die gegensätzlichen Ansätze aufeinander.[69] Die Kommission präferierte aus guten Gründen den weitergehenden Ansatz, um den Parteien insbesondere die Möglichkeit zu eröffnen, internationale oder unionsrechtliche Regeln und Grundsätze der Rechtswahl zu wählen.[70] Es ist nicht

66 Vgl. *Rühl*, (Fn. 24), S. 187 ff.

67 *Leible*, (Fn. 11), S. 505.

68 Zum Problem *Kropholler*, (Fn. 10), § 24 II, S. 175 ff.

69 Vgl. m.w.N. *Martiny*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2010, Art. 3 ROM I, Rdnrn. 7 und 28 ff.

70 Vgl. dazu Art. 3 Abs. 2 Satz 1 des Vorschlags für eine ROM I-VO, KOM (2005) 650 endg.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von Anfang an so, dass Gerechtigkeitserwägungen im Vergleich zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Regelungen durch letztere untergraben würden. Praxisorientiert würde damit auch der bisherige Unterschied zwischen Gerichts- und Schiedsverfahren, wo ein Ausweichen auf nicht-staatliches Recht möglich ist, abgeschafft.[71] Allerdings wurden im Verlauf der Gesetzgebungsverfahren Bestimmungen, welche eine Wahl nicht-staatlichen Rechts ermöglicht hätten, wieder gestrichen. Nunmehr kann im Umkehrschluss aus Erwägungsgrund 13 ROM I, welcher eine Inkorporation nicht-staatlichen Recht als materielle Rechtswahl zulässt, geschlossen werden, dass eine kollisionsrechtliche Rechtswahl nicht-staatlichen Rechts im Grundsatz[72] nicht zulässig ist. Bedienen kann man sich des Arguments, dass die kollisionsrechtliche Rechtswahl nicht nur dispositive, sondern auch zwingende Normierungen verdrängen. Schließlich kann auch in systematischer Hinsicht auf Art. 3 Abs. 3 und Art. 20 ROM I zurückgegriffen werden. Beide statuieren lediglich eine Wahlmöglichkeit staatlichen Rechts. Die Verordnung kennt die Wahl nicht-staatlichen Rechts somit nicht.[73]

Eine gleiche Systematik findet sich mit Art. 14 Abs. 2 und Art. 24 ROM II auch im Bereich außervertraglicher Schuldverhältnisse. Diese gehen gleichfalls davon aus, dass es sich um staatliches Recht handeln muss. Durch Art. 5 ROM III wird die Wahlmöglichkeit auf Staaten eingeschränkt, zu denen eine Beziehung besteht. Hieraus ergibt sich, dass lediglich staatliches Recht Gegenstand der Rechtswahl sein kann. Im Ergebnis muss konstatiert werden, dass die Verordnungen nur die Wahl staatlichen Rechts anerkennen – mit der überzeugenden Argumentation der Kommission freilich nicht das Optimum europäischer Gesetzgebung. Jedoch soll positiv hervorgehoben werden, dass staatliches Recht nach den Verordnungen nicht nur Mitgliedstaaten, sondern auch Drittstaaten meint. Artikel 2 Abs. 1 ROM I und Art. 3 ROM II sind im Wortlaut eindeutig, Art. 5 ROM III spricht vom „Recht eines Staates" und nicht vom Recht eines Mitgliedstaates. Artikel 4 ROM III stellt explizit den Drittstaatsbezug her. Gegenstand der Rechtswahl nach den Verordnungen ist somit jedes staatliche Recht.

Für den Umfang der Wahlmöglichkeit spielt neben der Charakterisierung des Rechts auch die „Rechtsverbundenheit" eine wesentliche Rolle. Artikel 5 ROM III verlangt einen engen Bezug der Parteien zum Wahlrecht. Das Internationale Schuldrecht ist diesbezüglich aufgeweicht. Aus Art. 3 Abs. 3 ROM I und Art. 14 Abs. 2 ROM II kann geschlossen werden, dass auch die Wahl eines unverbundenen Rechts möglich ist.

---

71 *Martiny*, (Fn. 69), Vorbem. Art. 1 ROM I, Rdnr. 105.

72 Mit Erwägungsgrund 14 ROM I wird insoweit ein Korrektiv geschaffen. Dieser eröffnet unter bestimmten Voraussetzungen auch die Wahl von Gesetzgebungsakten der Union und somit nicht-staatlichen Rechts.

73 Vgl. *Diedrich*, Rechtswahlfreiheit und Vertragsstatut – Eine Zwischenbilanz angesichts der ROM I-VO, RIW 2009, S. 384.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Arten und Wirksamkeitsvoraussetzungen der Rechtswahl

Artikel 3 ROM I, Art. 14 ROM II und Art. 5 ROM III normieren die ausdrückliche Rechtswahl. Darüber hinaus eröffnen Art. 3 Abs. 1 Satz 2 ROM I und Art. 14 Abs. 1 Satz 2 ROM II die Möglichkeit der konkludenten Rechtswahl.[74] Auffällig ist die vergleichsweise enge Formulierung von ROM I. In seiner Ausgestaltung knüpft Art. 14 Abs. 1 Satz 2 ROM II als zuerst geschaffene Norm an Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EVÜ an. Zu Recht wurde kritisiert, dass „hinreichende Sicherheit" eine zu weite Auslegung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte ermögliche und dem Grundsatz der Rechtssicherheit schade.[75] ROM I will dem Gebot der Rechtssicherheit durch den Rechtsbegriff der Eindeutigkeit Rechnung tragen. Artikel 5 ROM III sieht eine konkludente Rechtswahl ausweislich des Wortlauts nicht vor. Eine solche ist im Bereich von ROM III auch nicht gewollt. Dieses lässt sich schon aus der entsprechenden Begründung der Kommission zur gescheiterten Version von ROM III schließen,[76] in der mehrfach dargelegt wird, dass die Parteien sich „der Tragweite ihrer Entscheidungen bewusst" sein müssen.[77]

Nach Art. 3 Abs. 5 ROM I sind Gültigkeitsmaßstab für Rechtswahlvereinbarung im Bereich von ROM I grundsätzlich Art. 10, 11 und 13 ROM I. Eine entsprechende Regelung findet sich in Art. 6 und 7 ROM III verschärft. ROM II fehlen entsprechende Regelungen. Insoweit muss ein Rückgriff auf obige Ausführungen zum Auslegungszusammenhang vorgenommen werden. Nach hier vertretener Auffassung stellt Erwägungsgrund 7 ROM I eine Rechtseinheit zu ROM II her, so dass Art. 10, 11 und 13 ROM I in ROM II hineingelesen werden können. Eine ähnliche Problematik findet sich mit Art. 3 Abs. 1 Satz 2 ROM I im Bereich der „*depeçage*". ROM II und III (sachimmanent wohl auch nicht möglich) sehen diese Möglichkeit nicht vor. Ob eine Implementierung aus ROM I erfolgt, wird die Rechtsprechung in Zukunft zeigen.

Weder ROM I noch ROM II stellen „europäisch-formale" Anforderungen an die Rechtswahl. Es greift der Grundsatz des formfreien Rechtsgeschäfts.[78] Artikel 7 ROM III verlangt hingegen (je nach Fall) die (verschärfte) Schriftform. Insoweit setzt sich der Leitgedanke der Kommission fort, dass den Parteien die Tragweite ihrer Entscheidung bewusst sein soll. Inkonsequent erscheint die konkrete Ausgestaltung dahingehend, dass Fälle, bei denen (ein oder) beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Drittstaat haben, nicht geregelt werden.[79]

---

74 *Heiss/Loacker*, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch ROM II, JBl. 2007, S. 622.

75 *Jayme*, (Fn. 13), S. 70 ff.

76 KOM (2006) 399 endg., S. 11.

77 Vgl. nunmehr insb. Erwägungsgrund 18 ROM III.

78 *Nygh*, Autonomy in International Contracts, 1999, S. 91 ff., insb. S. 97 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schließlich kann im Grundsatz nach den Verordnungen gemäß Art. 3 Abs. 2 ROM I, Art. 14 Abs. 1 ROM II und Art. 5 Abs. 2 ROM III die Rechtswahl jederzeit erklärt werden. Ausnahmen vom Grundsatz finden sich in Art. 14 Abs. 1 ROM II und Art. 5 Abs. 2 ROM III. Zum Schutz nicht-kommerziell tätiger Personen verlagert Art. 14 Abs. 1 ROM II die Rechtswahlmöglichkeit auf den Zeitpunkt, nachdem das gegenständliche Schuldverhältnis entstanden ist. Artikel 5 Abs. 2 ROM III (zur Ausnahme vergleiche Art. 5 Abs. 3 ROM III) verbietet eine Rechtswahl nach Anrufung des zuständigen Gerichts.

4. Begrenzung der Rechtswahlfreiheit

Die Rechtswahlfreiheit gilt nicht unbegrenzt, sodass strukturgleiche Grenzen der Verordnungen im Folgenden aufgezeigt werden. Als Bewertungsmaßstab dienen neben Spezialausprägungen zum Schutz des Schwächeren auch Eingriffsnormen, der „ordre public"-Vorbehalt sowie das Verhältnis von Rechtswahl und Binnenmarktklausel.

a) Spezialausprägung zum Schutz des Schwächeren

Nicht nur das Bestreben zur Verwirklichung von Rechtssicherheit ist den Verordnungen inhärent. Auch der Gedanke des Schutzes der schwächeren Partei unter dem Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit lässt sich den Verordnungen (als soziales Element) im Grundsatz entnehmen. Gleichfalls werden Rechte Dritter zum Schutzgut erklärt.

Im Internationalen Schuldrecht sind Einschränkungen der Rechtswahl insbesondere durch Art. 5 bis 8 ROM I und Art. 14 Abs. 1 ROM II verwirklicht. Die Verordnungen schützen bestimmte Personengruppen, bei denen der Gesetzgeber davon ausgeht, dass sie als schwächere Partei zu qualifizieren sind.[80] Beiläufig – quasi versteckt – gehen die Verordnungen noch einen Schritt weiter. Neben den bezeichneten speziellen Anknüpfungen wird beispielsweise Franchisenehmern und Vertriebshändlern nach Art. 4 Abs. 1 lit. e) und f) ROM I ein ähnlicher Schutzstandard zugebilligt. Die Kommission hat dies mit der schwächeren Position von Franchisenehmern und Vertriebshändlern begründet.[81] Ähnliches findet sich auch in ROM II mit Art. 7 im Bereich der Umweltschäden. Die Wahlmöglichkeit bemisst sich nicht nur in Bezug auf den Schadensort, sondern auch auf den Schadenseintritt. Hinter diesem Ansatz steht der Gedanke, Prävention und Verhaltens-

79 So schon *Jayme*, (Fn. 13), S. 71; allerdings kann der derzeitige Wortlaut so interpretiert werden, dass jedenfalls der Fall des gewöhnlichen Aufenthaltes eines Ehegatten im Drittstaat geregelt ist.

80 Vgl. dazu Erwägungsgründe 23, 32 und 34 ff. ROM I.

81 KOM (2005) 650 endg., S. 6.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

steuerung zu gewährleisten. Unternehmen haben somit keine Möglichkeit, sich in Ländern mit niedrigeren Schutzstandards niederzulassen, ohne die entsprechenden Konsequenzen des härteren Rechts fürchten zu müssen.[82] Letztlich verankern die Verordnungen ROM I und II offene und versteckte Begünstigungen von schwächeren Parteien. Tendenziell verbirgt sich hinter dieser Vorgehensweise eine Entfernung vom Grundsatz der engsten Verbindung, eine Sozialisierung europäischen Kollisionsrecht in Abkehr vom savignyschen Denken.[83] Sicherlich „tollkühn" wird an dieser Stelle die These vertreten, dass nicht nur – wie eingangs erwähnt – die Privatautonomie einer sozialen Kontrolle in zunehmendem Maß unterliegt. Die obigen Ausführungen verlangen selbiges auch im Bereich der Parteiautonomie. ROM III kennt Ausprägungen bezüglich des Schutzes Schwächerer in der konkreten Form nicht. Mittelbarer Ausdruck ist Art. 5 ROM III in seiner Funktion zur Schaffung von Rechtssicherheit und Berechenbarkeit.[84] Mit Erwägungsgrund 18 müssen rechtliche und auch soziale Folgen voraussehbar sein. Das soziale Moment wird dementsprechend auch in ROM III verankert. Ungeachtet dessen herrscht im Rahmen der Vertragsfreiheit und somit auch der Rechtswahlfreiheit der allgemeine Grundsatz, den Schutz der schwächeren Partei zu gewährleisten. Heftig umstritten ist jedoch die Art der Umsetzung.[85] Ob sich hierzu das Instrument der Inhaltskontrolle eignet, wird nachstehend (D.) geklärt.

Neben dem Schutz der Partei werden auch Rechte Dritter geschützt. Dieses ergibt sich zum Beispiel aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 ROM I und Art. 14 Abs. 1 Satz 2 ROM II. Hiernach dürfen Rechte Dritter nicht berührt werden. Beschrieben wird damit ein allgemein anerkanntes Prinzip, wonach Verträge in der Regel nicht zu Lasten Dritter geschlossen werden dürfen.[86] ROM III nimmt sachimmanent zu diesem Komplex keine Stellung.

b) Eingriffsnormen

Regulatives Element für Rechtswahlvereinbarungen stellen auch sogenannte Eingriffsnormen dar.[87] Gemäß Art. 9 Abs. 1 ROM I und Art. 16 ROM II sind Eingriffsnormen nationale Regelungen, welche im Bereich eines internationalen

82 *Mankowski*, Ausgewählte Einzelfragen zur ROM II-VO: Internationales Umwelthaftungsrecht, internationales Kartellrecht, renvoi, Parteiautonomie, IPRax 2010, S. 399.

83 *Leible/Lehmann*, Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („ROM I"), RIW 2008, S. 535.

84 Vgl. insb. Erwägungsgründe 9 und 29 ROM III.

85 *Wagner*, Die neue ROM II-Verordnung, IPRax 2008, S. 13.

86 *Brödermann*, (Fn. 56), S. 811.

87 Zum Begriff vgl. *Kuckin*, Die „Berücksichtigung" von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrechts, 2008, S. 12 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sachverhalts neben oder an Stelle des gewählten Rechts zwingende Geltung beanspruchen. Letztlich verbergen sich nationale Wertentscheidungen hinter Eingriffsnormen. Auch hier schimmern soziale Kontrollmomente durch. Gleich dem Schutz der schwächeren Partei findet sich bei ROM III ebenfalls keine Aussage über Eingriffsnormen. Dieses bedeutet aber nicht, dass der Rechtswahlfreiheit kein regulatives Element in Wirkungsform einer Eingriffsnorm zur Seite gesetzt werden soll.[88] Entgegen anderslautenden Äußerungen enthält ROM III (derzeit) keine Eingriffsnormen.[89]

c) „Ordre public"-Vorbehalt

Die Verordnungen normieren gemäß Art. 21 ROM I, Art. 26 ROM II, Art. 10 und 13 ROM III „ordre public"-Vorbehalte. Als korrektives Moment begrenzt auch der *ordre public*, also die öffentliche Ordnung des Forums, die Rechtswahl.[90] Ein Europäischer *ordre public*, so wie ihn der ROM II-Entwurf von 2003 vorsah und wie er jüngst im Rahmen von ROM III erneut diskutiert wurde,[91] hat sich bis dato nicht durchgesetzt. Begriff und Rechtsmaterie fassen zwar langsam Fuß, doch gereicht dieser Prozess derzeit nicht zur Konturenbildung eines „Europäischen *ordre public*".[92] Unabhängig davon kann der nationale *ordre public* europäisch geprägt sein.[93] Die Verordnungen normieren generell Sachnormverweisungen. ROM I bis III setzen eine offensichtliche Unvereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung voraus. Jedoch scheint der Funktionsbereich des *ordre public* auf dem Rückschritt zu sein. Entsprechende Tendenzen lassen sich, getragen von dem Willen der Rechtsvereinheitlichung, sowohl in Praxis als auch in Wissenschaft erkennen,[94] obgleich innerhalb von ROM III mit Art. 13 nicht nur ein allgemeiner, sondern durch Art. 10 ROM III auch ein spezieller „ordre public"-Vorbehalt eingeführt worden ist. Rückschritt bedeutet demnach nicht Auslöschung, sondern lediglich eine restriktive

88 Zu denken wäre hier bspw. an einen entsprechenden Grundrechtsschutz; vgl. insoweit die Selbstverständlichkeit des Erwägungsgrundes 30 ROM III.

89 So aber noch der Rat der EU, Mitteilung an die Presse 8364/07 v. 19./20.04.2007, S. 7 ff.

90 Vgl. hierzu im Bereich des Familienrechts insb. *Martiny*, Die Entwicklung des Europäischen Internationalen Familienrechts – ein juristischer Hürdenlauf, FÜR 2008, S. 192.

91 So plädiert der deutsche Bundesrat für einen „genuinen europäischen orde-public-Vorbehalt", Empfehlung BRat, Drs. 184/1/10 v. 28.6.2010, S. 6, Ziffer 19.

92 Als Grundstein für einen Europäischen *ordre public* wird EuGH, Rs. C-7/98, *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935, verstanden; vgl. dazu *Blumenwitz*, in: Staudinger, BGB-Kommentar, 2003, Art. 6 EGBGB, Rdnr. 81.

93 So wohl und in der Gesamtheit gegenüber dem *ordre public* sehr kritisch *Sonnenberger*, in: Münchener Kommentar, (Fn. 69), Art. 6 EGBGB, Rdnr. 19.

94 *Thorn*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, Art. 6 EGBGB, Rdnr. 2.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Handhabung. In der Tat ist die praxisorientierte Anwendung des *ordre public* von „Extremfällen" gekennzeichnet. Solche zu bewältigen, ist unerlässliche Aufgabe des *ordre public*.

d) Rechtswahl und Binnenmarktklausel

Eigentlich gleichfalls eine Frage des Umfangs der Rechtswahlmöglichkeit soll das Verhältnis Rechtswahl zu Binnenmarkt ob seiner Präsenz gerade mit Blick auf die primärrechtlichen Grundlagen gesondert behandelt werden. Mit oben Gesagtem gestatten die Verordnungen die Wahl des Rechts eines Drittstaats. Um die hierdurch vorhandene Möglichkeit einer Umgehung zwingend vorgegebener materiell-rechtlicher Standards zu verhindern und darüber hinaus auch eine einheitliche Rechtsprechung in den einzelnen nationalen Gerichtswegen zu gewährleisten, wurden Binnenmarktklauseln eingeführt. Diese sind in Art. 3 Abs. 4 ROM I und Art. 14 Abs. 3 ROM II niedergelegt. Hiernach sind zwingende Bestimmungen des Unionsrechts zu achten. ROM III kennt die Binnenmarktklausel sachimmanent hingegen nicht. Zwar tragen Binnenmarktklauseln zur Rechtsvereinheitlichung und schließlich zur Rechtssicherheit bei, im Ergebnis kommt ihnen – provozierend – jedoch nur Klarstellungswirkung zu. Die Wahl eines Drittstaatsrechts geht mit ROM I bis III auf Sekundärrecht zurück. Dies ist stetig im Lichte des Primärrechts auszugestalten, zwingende Grundsätze gelten dementsprechend fort, weil dogmatisch Sekundärrecht nicht dazu führen kann, zwingende Grundsätze des Primärrechts als ranghöheres Recht auch bei der Wahl eines Drittstaatsrechts auszuschließen.

IV. Fazit

Sicherlich muss dem vorliegenden Beitrag kritisch vorgehalten werden, dass bei weitem nicht alle Aspekte in den strukturellen Vergleich der Verordnungen eingeflossen sind. Ungeachtet dessen wird mit den wesentlichen Charakteristika der Verordnungen gearbeitet. Aus ihren rechtlichen Grundpfeilern lässt sich Strukturgleichheit ableiten. Auch die Institution Rechtswahl, ihre Ausübung in Umfang und Wirksamkeit und schließlich ihre Grenzen sind zunehmend gleich ausgestaltet. Die aufgezeigten Divergenzen lassen sich in erster Linie mit den unterschiedlichen Rechtsgebieten erklären. Neben der Verwirklichung von Rechtssicherheit als elementarem Grundgedanken der Verordnungen hat sich gezeigt, dass gleichfalls Einzelfallgerechtigkeit, insbesondere durch soziale Schutzgedanken, wesentlicher Bestandteil von ROM I bis III ist. Die Rechtswahl als Ausfluss der Parteiautonomie müsste somit wie die Privatautonomie von den Gerichten unter eine soziale Kontrolle gestellt werden. Dies wäre, im Sinne von *Publius Iuventius Celsus*, Recht und nicht (nur) Gesetz sprechen. Ein potenzielles Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit wird sichtbar.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

D. Europäische Inhaltskontrolle einer Rechtswahlvereinbarung für ROM I bis III

Die strukturelle Gleichheit der Verordnungen eröffnet die Frage nach einer allgemeingültigen, generalisierenden Europäischen Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen als (soziales) Instrument zur Auflösung des Spannungsverhältnisses von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit. Eine nachträgliche Kontrollmöglichkeit von Rechtswahlvereinbarungen offenbaren bereits die beschriebenen zwingenden Bestimmungen, Eingriffsnormen und „orde public"-Vorbehalte.

I. Ausgangsüberlegung – eine Standortbestimmung des Schutzes Schwächerer

Rechtswahlvereinbarungen sind Verträge zwischen den beteiligten Parteien; die erarbeiteten Grundsätze der Parteiautonomie beanspruchen Geltung. Determinanten sind Entscheidungsfreiheit und Selbstbestimmung der Parteien. Was aber, wenn eine Partei sich auf Grund ihrer „untergeordneten" Stellung gegenüber ihrem Vertragspartner bei der Rechtswahl selbst benachteiligen muss, faktisch ihre Entscheidungsfreiheit und Selbstbestimmung aufgibt und keine reale Wahlmöglichkeit hat. Oder anders formuliert: *lex vigilantibus scripta*? Spiegelbildlich ist der Grundsatz der Rechtssicherheit zu wahren.

1. Vertragsparität versus ungleicher Verhandlungsstärke

Angesprochen ist die gestörte Vertragsparität,[95] welche mit dem Bundesverfassungsgericht vorläge, wenn einer der Vertragspartner infolge „strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ungewöhnlich stark" belastet würde.[96] Den Begrifflichkeiten immanent sind eine nicht bestreitbare Vagheit und ein beträchtliches Feld von Unsicherheit, denn Ungleichgewichtigkeit ist schwerlich generalisierbar oder gar messbar. Allerdings kann dogmatisch ein Rahmen gesetzt werden. Gegenstand der Bestimmung gestörter Vertragsparität im Rahmen von Parteiautonomie sind aus hiesiger Sicht Entscheidungsfreiheit und Selbstbestimmung in formeller und „materieller"[97] Hinsicht. Nur formell können Entscheidungsfreiheit und Selbst-

---

95 Im Bereich des Verbraucherschutzes vgl. schon z.B. EuGH, Rs. C-89/91, *Shearson Lehman Hutton Inc./TVB*, Slg. 1993, I-139, in dem der EuGH darlegte, dass der Verbraucher als der „wirtschaftlich Schwächere und rechtlich Unerfahrenere" vor gestörter Vertragsparität (auch im Kollisionsrecht) geschützt werden müsse.

96 Im Bereich deutscher Bürgschaftsverträge BVerfGE 89, 214 (231 ff.) – *Bürgschaft*.

97 „Materiell" synonymisiert nicht den Rechtsbegriff des Sachrechts, welcher bei der Privatautonomie zu Grunde gelegt wird. Er wird hier aber zur Verdeutlichung und Abgrenzung herangezogen.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bestimmung der Parteien uneingeschränkt wirken. Eine Einschränkung ergibt sich aber in „materieller" Hinsicht generell durch die mit der Entscheidung verbundenen Nachteile und gleichermaßen durch eine etwaige „Einflussnahme" des Vertragspartners. Entscheidend sind somit Intensität und Auswirkungen. Vertragsparität bedeutet allerdings nicht exakte Gleichberechtigung der Kräfteverhältnisse. Diese Annahme wäre einer Utopie gleichzusetzen. Jedoch muss die reale Kräfteverteilung der Parteien unter Bezugnahme der aktuellen „Marktverhältnisse" und der unionsrechtlichen Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft beachtet werden. Den Parteien muss es ermöglicht werden, sich unter Wahrung von Rechtssicherheit annähernd auf Augenhöhe zu begegnen.

2. Der Schutz des Schwächeren in der Praxis

In einer Vielzahl Europäischer Gesetzgebungsakte[98] ist der Schutz der vom Gesetzgeber empfundenen schwächeren Partei umgesetzt.[99] ROM I nimmt mit Erwägungsgrund 23 ausdrücklich darauf Bezug, ROM III spricht im Erwägungsgrund 18 von Chancengleichheit. Leitbild und Mechanismen sollen in Grundzügen am Beispiel des Verbraucherschutzes und rechtsmissbräuchlicher AGB dargestellt werden. Die Frage, ob hinter den Gesetzgebungsakten allgemeine Rechtsgrundsätze stehen, soll an dieser Stelle ausgeklammert werden.[100] Es wird jedoch ein gesamtgesetzliches Leitbild in Grundzügen skizziert.

a) Verbraucherschutz

Die Union hat den Verbraucherschutz insbesondere durch Art. 4 Abs. 1 lit. b) und Art. 169 AEUV primärrechtlich normiert.[101] Durch die Schaffung eines eigenen Politikbereichs wird nicht nur der Stellenwert des Verbraucherschutzes festgelegt, sondern die Union eröffnet sich damit die Möglichkeit Maßnahmen zu treffen, deren Hauptziel ausschließlich der Verbraucherschutz ist. Im Bereich des Sekundärrechts ist der Verbraucherschutz fest verankert.[102] Artikel 6 ROM I statuiert diesen gleichermaßen. Im Hinblick auf die Maßnahmen gibt es keinen einheitlichen Verbraucherbegriff.

98 Insb. auch im Bereich des Arbeitnehmerschutzes und des Versicherungswesens.

99 Vgl. dazu *Kroppholler*, (Fn. 10), § 52 II ff., S. 480 ff.

100 Die Beantwortung dieser Frage in der notwendigen Tiefe ist mit dem Umfang dieser Arbeit nicht vereinbar. Zum Ansatz vgl. *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 2000, S. 453.

101 Vgl. noch u.a. Art. 39 Abs. 1 lit. e), Art. 40 Abs. 2 UAbs. 2, Art. 101 Abs. 3 Spiegelstrich 3, Art. 102 UAbs. 2 lit. b), Art. 107 Abs. 2 lit. a) und Art. 114 Abs. 3 AEUV.

102 M.w.N. *Wichard*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 153 EGV, Rdnr. 5.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

War in Deutschland zunächst das Bild eines unterdurchschnittlichen, gar „dummen" Verbrauchers im Recht normiert,[103] statuiert das Unionsrecht ein Leitbild, welches durch einen durchschnittlichen, mündigen und informierten Verbraucher gekennzeichnet wird.[104] Hinter diesem Ansatz steht das Prinzip der Selbstbestimmung. So soll es im Grundsatz den Parteien überlassen bleiben, auf dem Markt zu agieren. Zwar ist das Europäische Verbraucherrecht nicht vom Sozialstaatsprinzip getragen, vielmehr verbirgt sich dahinter der Gedanke idealer Konsumbedingungen für den Endverbraucher und somit letztlich die Einheitlichkeit des Binnenmarktes.[105] Allerdings darf nicht verkannt werden, dass das Prinzip des Schutzes des Schwächeren dem Konstrukt des Europäischen Verbraucherschutzes inhärent ist.[106] Denn dort, wo Gefährdungen für den „mündigen Verbraucher" entstehen, bietet das rechtliche Korsett situations- und problembezogene Schutzinstrumentarien. So auch im Rahmen von Art. 6 ROM I. Im übertragenen Sinne gilt auch bei der Rechtswahl zunächst *pacta sunt servanda*. Wie gezeigt sind Selbstbestimmung und Entscheidungsfreiheit wesentliche Elemente der Verordnungen. Dort, wo die zumutbare Mündigkeit überschritten wird, muss ein (soziales) Schutzinstrumentarium (Art. 6 ROM I) greifen.[107]

Auch in der konkreten Ausgestaltung des Europäischen Verbraucherschutzes verdeutlicht sich dieser Gedankengang, denn die Umsetzung erfolgt durch Informationspflichten, hinter denen wiederum das Transparenzgebot[108] steht, und durch Einräumung gewisser, gesetzlich normierter Widerrufrechte.[109] Dem Verbraucher wird entgegen dem starren Grundsatz *pacta sunt servanda* die Möglichkeit an die Hand gegeben, den abgeschlossenen Vertrag zu widerrufen. Im Ergebnis führt dies sogar zu einer Stärkung der Vertragsfreiheit. Verbraucher bekommen die Option, einen Vertrag nach dem wirklichen Willen abzuschließen. Allerdings wird

---

103 Vgl. im Bereich des UWG *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, 2009, § 14, Rdnr. 3.

104 Bspw. EuGH, verb. Rs. C-421/00, C-426/00 und C-16/01, *Sterbenz und Haug*, Slg. 2003, I-1065, Rdnr. 43; EuGH, Rs. C-239/02, *Douwe Egberts/Westrom Pharma*, Slg. 2004, I-7007, Rdnr. 46; so schon *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 426 ff.

105 *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2007, S. 86 ff.

106 *Micklitz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, Vor §§ 13 f. BGB, Rdnr. 64 ff.

107 Sofern die Literatur nun vertritt, dass die Privatautonomie immer stärker durch sozialstaatliche Aspekte beeinflusst wird, wird an dieser Stelle anhand der ermittelten Ergebnisse wiederholt vertreten, dass diese Wertungen auch auf der Ebene des Europäischen Kollisionsrechts nicht übersehen werden dürfen.

108 Vgl. zum Transparenzgebot im Verbraucherrecht *Heiderhoff*, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts, 2004, S. 368.

109 Interessant in diesem Zusammenhang ist der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte des Verbrauchers, KOM (2008) 614 endg.; zum Überblick *Tacou*, Verbraucherschutz auf hohem Niveau oder Mogelpackung, ZPR 2009, S. 140 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dieser Schutzstandard nicht uferlos gewährt. Dem Gesetzgeber ist sehr wohl bewusst, dass das Prinzip der Rechtssicherheit Grenzen verlangt und der Grundsatz *pacta sunt servanda* nicht als Leerformel enden darf. Daher erfolgt eine Einschränkung der Bindungswirkung auf eine systemimmanente Weise;[110] nur gesetzliche Widerrufrechte sind bindend. Die Systematik zeigt, dass auch bei einer Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen im Umgang mit einer extensiven Anwendung zugunsten von Rechtssicherheit Vorsicht geboten ist.

b) Missbräuchliche AGB

Der Umgang mit missbräuchlichen AGB wird durch die Klauselrichtlinie geregelt.[111] Ziel und Zweck dieser Richtlinie ist einerseits Verbrauchervertrauen zu erzeugen und andererseits missbräuchliche Handelspraktiken in der Art zu unterbinden, dass allgemeine Verhaltensanforderungen an die Marktteilnehmer gestellt werden.[112] Im Umgang unter den Marktteilnehmern kommt dem erwähnten Transparenzgebot durch entsprechende Informationspflichten wiederum eine elementare Bedeutung zu.[113] Im Grundsatz ähnelt das Europäische AGB-Recht dem bisher ermittelten Leitbild, ist es doch Ausprägung des Verbraucherschutzes. Auch hier müssen Selbstbestimmung, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit gegenüber gestellt werden.[114]

Veranschaulichen lässt sich dies vor allem durch die in Art. 3 Abs. 1 Klauselrichtlinie eingeführte Missbrauchskontrolle. Diese Vorschrift bestimmt, dass „eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, als missbräuchlich anzusehen [ist], wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht."[115] Die gegenständliche Inhaltskontrolle kann systematisch und auch dogmatisch als ein Parteigleichgewicht schaffendes Rechtsinstrument begriffen werden, das Ungerechtigkeiten bzw. Rechtsverkürzungen ausgleichen soll. Dahinter steht das Gebot der Vertragsparität. Entscheidend für eine Inhaltskontrolle ist der Faktor, wie stark die Klauselabweichung auf Grundlage angemessener Interessensverteilung bei nach den legitimen Erwartungen des Verbrauchers ordnungsgemäß abgeschlossener AGB wäre.

110 Vgl. dazu *Heiderhoff*, (Fn. 105), S. 108.

111 RL 93/13/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95 v. 21.4.1993, S. 29.

112 *Trillmich*, Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG, 2009, S. 22 ff.

113 Ibid., S. 21.

114 Vgl. *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, 2003, § 22, S. 235, Rdnr. 603.

115 Näher *Schmidt*, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht, 2009, § 11, S. 202 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Grundsatz von Treu und Glauben überlagert somit die berechtigten Erwartungen des Verbrauchers und bezieht auch die Interessen der jeweilig beteiligten Unternehmen ein. Eine grundsätzliche Bevorteilung des Verbrauchers wird ausgeschlossen. Eine reine Billigkeitskontrolle gibt es somit nicht, worauf auch aus dem Klauselanhang geschlossen werden kann. Hier wird deutlich, dass zugunsten der Rechtssicherheit nur erhebliche und einschneidende Rechtsverkürzungen eine Inhaltskontrolle rechtfertigen, nicht jedoch per se.[116] Funktion und Inhalt des Rechtsbegriffs Treu und Glauben lässt die gegenständliche Richtlinie weitgehend offen. Vage Ansätze und damit keine überzeugende Hilfestellung liefert lediglich die Präambel.[117] Ähnliche Ansätze einer Inhaltskontrolle finden sich auf europäischer Ebene auch im Bereich der Zahlungsverzugsrichtlinie[118] sowie der Pauschalreiserichtlinie[119] und stützen das ermittelte Leitbild und den Mechanismen gleichermaßen.[120] Festzuhalten ist, dass das Unionsrecht für den Ausgleich der Interessen (Selbstbestimmung – Einzelfallgerechtigkeit) unter größtmöglicher Wahrung von Rechtssicherheit das Instrument der Inhaltskontrolle kennt.

c) Zwischenfazit

Es herrscht ein „Dualismus der Grenzziehung". Neben dem Anspruch des Schutzes der schwächeren Partei in Form von Einzelfallgerechtigkeit ist der Grundsatz der Rechtssicherheit als Quasi-Axiom Europäischen Vertrags- und Kollisionsrechts zu wahren. Der Schutz des Schwächeren wird durch eine wertende Komponente geprägt. Zwar letztlich Einzelfallentscheidungen, verdeutlicht die Dogmatik gewisse Grundregeln, die die Vertragsparität der Parteien unterstützen soll. In diesem Rahmen bettet sich auch die Inhaltskontrolle (von Rechtswahlvereinbarungen). Sie soll Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit zusammenführen und Vertragsparität gewährleisten.

116 Vgl. *Heiderhoff*, (Fn. 108), S. 441.

117 Der Rechtsbegriff Treu und Glauben als Maßstab einer generellen Inhaltskontrolle wird im Späteren einer näheren Untersuchung unterzogen.

118 Zur Inhaltskontrolle vgl. Art. 3 RL 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. L 200 v. 8.8.2000, S. 35.

119 Zur Inhaltskontrolle vgl. Art. 4 RL 90/314/EWG des Rates v. 13.6.1990 über Pauschalreisen, ABl. L 158 v. 23.6.1990, S. 59 ff.

120 Zum Ganzen *Riesenhuber*, (Fn. 114), § 23, S. 257 ff., Rdnr. 667 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Die Inhaltskontrolle – ein dogmatisches Grundkonzept für ROM I bis III

Vor der Bestimmung der inhaltlichen Ausgestaltung der Europäischen Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen muss zunächst die Erstellung eines spezifischen Anforderungsprofils für ROM I bis III erfolgen. Postulat der Inhaltskontrolle als allgemeines (soziales) Korrektiv ist die wechselbezügliche Auflösung des beschriebenen Spannungsverhältnisses.

1. Funktion, Begriff und Rechtsfolge einer Europäischen Inhaltskontrolle

Jeden Sachverhalt durch Einzelfallnormierung zu regeln, ist schlicht unmöglich. Es bedarf somit einer generalisierenden Betrachtung. Diese muss – wie gezeigt – an der Wahrung der Rechtssicherheit und Verkehrsfähigkeit angelehnt sein. Mit Blick auf das deutsche Recht würde wohl die sogenannte Generalklausel (z.B. § 242 BGB) dem Anforderungsprofil entsprechen. In ihrer Wirkungsweise öffnen Generalklauseln das Recht für außerrechtliche Wertungen, jedenfalls in Form einer Gewährleistung eines ethischen Mindeststandards und entwickeln sich gleichermaßen zeitbezogen.[121] Ausfluss der Inhaltskontrolle ist somit auch Einzelfallgerechtigkeit. „Was (aber) ist Gerechtigkeit?"[122] Die behauptete Patentlösung würde einer Aporie gleichen. Die Inhaltskontrolle kann unabhängig gesetzgeberischer Heuristik demnach nur in Fallgruppen und/oder Einzelfallentscheidungen durch richterliche Rechtsfortbildung erfolgen und würde (wenigstens) ein normatives Leitbild entstehen lassen.[123]

Ebenfalls darf nicht außer acht gelassen werden, dass ROM I bis III eine Ordnungsaufgabe besitzen. So soll betont werden, dass der Paritätsbegriff neben der Einhaltung eines ethischen Mindeststandards im Umkehrschluss dazu anhalten muss, das Instrument des Schutzes des Schwächeren nicht nur um seiner selbst Willen anzuwenden. Selbstbestimmung und Entscheidungsfreiheit haben ebenfalls Bestandskraft, sonst würde das Konzept der „freien Rechtswahl" unterlaufen und der Grundsatz der Parteiautonomie tangiert. So muss – auch aus Gerechtigkeitserwägungen zu Gunsten der begünstigten (stärkeren) Partei – danach gefragt werden, warum es zu einer gestörten Vertragsparität gekommen ist und in welcher Art und Weise der schwächere Vertragsteil eigenverantwortlich beteiligt war. Es ist keineswegs überzeugend, einen Schutz des Schwächeren per se zu gewähren. Die Inhaltskontrolle ist somit in diesem Wechselbezug als freiheitsgewährleistender

121 *Schmidt*, (Fn. 115), § 2, S. 19 ff.

122 Nach *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 2000, S. 9, eine Frage ohne endgültige Antwort, der Mensch „nur suchen kann, besser zu Fragen".

123 Ansätze zeigen sich auch in der Rspr. vgl. z.B. EuGH, Rs. 382/87, *Buet*, Slg. 1989, 1235, Rdnr. 12, wo darlegt wird, dass Vertragsabschlüsse am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der Selbstverantwortung der Beteiligten gemessen werden müssen.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Bestandteil der Parteiautonomie zu begreifen. Freilich obliegt es der Gesetzgebung und den Gerichten darauf zu achten, einen ausufernden Rechtspaternalismus zu verhindern.[124]

Aus der dargestellten Funktion einer Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen erschließt sich auch der Facettenreichtum des Begriffs selbst. Je nach inhaltlicher Ausgestaltung, welche im Folgenden (III.) näher untersucht wird, unterfallen der Inhaltskontrolle als Oberbegriff verschiedene Ausprägungen. Darüber hinaus kann es nicht Aufgabe des Richters sein, eine inhaltliche Korrektur der Vereinbarung vorzunehmen. Vielmehr muss als Rechtsfolge einer „erfolgreichen" Inhaltskontrolle auf die objektive Anknüpfung zurückgegriffen und damit in gewisser Weise Rechtssicherheit garantiert werden.

2. Die Legitimität einer Europäischen Inhaltskontrolle im Rahmen von ROM I bis III

Weiterhin muss der Frage nachgegangen werden, ob eine Europäische Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen überhaupt *de lege lata* oder *de lege ferenda* möglich ist.

a) Parallelität der Problematik im Bereich der Europäischen Gerichtsstandsvereinbarungen

Eine vergleichbare Fragestellung nach einer Möglichkeit der Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen in ROM I bis III findet sich mit der Missbrauchskontrolle im Bereich der Europäischen Gerichtsstandsvereinbarung gemäß Art. 23 EGVVO.[125] Im Kern geht es auch hier um die Frage, ob eine Europäische Gerichtsstandsvereinbarung unter dem Aspekt eines (wirtschaftlichen) Machtmissbrauchs auf ihre Gültigkeit überprüft werden kann. Der überwiegende Teil der Literatur[126] lehnt dies nunmehr unter zweifelhafter Bezugnahme auf neuere nationale Rechtsprechung[127] und EuGH-Urteile[128] ab.[129] Gemessen an der zwingenden Not-

124 Vgl. zum Begriff und Ausgestaltung allgemein *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996.

125 Zum Überblick vgl. *Gottschalk/Breßler*, Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht, ZEuP 2007, S. 56 ff.

126 Z.B. ibid., S. 80; *Horn*, Einwand des Rechtsmissbrauchs gegen eine Gerichtsstandsvereinbarung i.S.d. Art. 23 EuGVO?, IPRax 2006, S. 2 ff.; *Weigel/Blankenheim*, Europäische Gerichtsstandsklauseln – Missbrauchskontrolle und Vermeidung von Unklarheiten bei der Auslegung widersprechender Vereinbarungen, WM 2006, S. 644 ff.

127 OLG Hamburg, Urteil v. 14.4.2004, NJW 2004, S. 3126 ff.; LG Mainz, Urteil v. 13.9.2005, WM 2005, S. 2319 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wendigkeit einer Formalisierung und Stringenz Europäischen Zivilprozessrechts zugunsten der Rechtssicherheit ist dieses Ergebnis nur bedingt nachvollziehbar. Ob sich solch ein Resümee im Rahmen der Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen gleichsam ziehen lässt, ist zu überprüfen.

b) Die Legitimität einer Europäischen Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen

Während im Bereich von Europäischen Gerichtsstandvereinbarungen Rechtsprechung des EuGH zu deren Kontrolle existiert, findet sich eine solche im Rahmen der Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen nicht. ROM I bis III enthalten keine expliziten Regelungen über eine unionsrechtliche Inhaltskontrolle. Es besteht somit eine Regelungslücke. Hieraus lassen sich im Grundsatz zwei Ansätze folgern. Zunächst könnte eine mangelnde Regelung daraufhin deuten, dass eine solche bewusst nicht gewollt ist und dementsprechend eine Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen nicht möglich wäre. Gleichermaßen könnte es sich hierbei um eine ungewollte Regelungslücke handeln, die es zu schließen gilt.

Bewertungsmaßstab sind zunächst der Wortlaut und die Erwägungsgründe. Artikel 3 ROM I, Art. 14 ROM II und Art. 5 ROM III formulieren die „Vereinbarung" der Parteien bzw. „einvernehmlich […] bestimmen". Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, dass ein gemeinsamer, auf freiem Willen beruhender Entschluss der Rechtswahlvereinbarung zu Grunde liegt. Erforderlich hierfür ist jedoch eine Begegnung der Parteien auf Augenhöhe bei Abschluss der Vereinbarung. Es besteht quasi mangels Formalisierung eine ungeschriebene Anforderung an das Verhältnis der Parteien. Solche Annahmen lassen sich auch durch die Erwägungsgründe stützen. Im Bereich von ROM I sind insbesondere die Erwägungsgründe 23 und 16 zu nennen. Erwägungsgrund 23 ROM I enthält einen die Verordnung allumfassenden Grundsatz des Schutzes Schwächerer. Warum dieser nicht durch eine Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen vollzogen werden darf, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil wird das Instrument der Inhaltskontrolle sogar noch durch Erwägungsgrund 16 ROM I gestärkt. Mit diesem wird dem Gericht ein gewisses Maß an Ermessen für „interventionistische Eingriffsbefugnisse" zugesprochen. Auch hier steht der Schutzgedanke im Vordergrund, selbiges ist mit oben Gesagtem gleichermaßen Aufgabe einer Inhaltskontrolle. Im Rahmen von ROM II soll auf die Erwägungsgründe 31, 14 und 16 verwiesen werden. Erwägungsgrund 31 artikuliert die Achtung des Willens der

128 EuGH, Rs. C-269/95, *Benincasa/Dentalkit Srl*, Slg. 1997, I-3767; EuGH, Rs. C-159/97, *Transporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA/Hugo Trumpy SpA*, Slg. 1999, I-1597.

129 Vgl. *Leible/Röder*, (Fn. 12), S. 481 ff., die richtigerweise aufzeigen, dass die geltend gemachte Rechtsprechung nicht zum generellen Ausschluss einer Inhaltskontrolle bzw. Missbrauchskontrolle führt.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Parteien und fordert Bedingungen zu Gunsten der schwächeren Partei. Hiermit wird ein klarer Auftrag formuliert, den Willen der Parteien zu beleuchten. Sollte dieser von Zwang oder unlauterer Beeinflussung getragen sein, ist gleichsam nicht ersichtlich, warum die Verordnung nicht für eine Inhaltskontrolle offen steht. Gestützt wird diese Offenheit auch durch die Erwägungsgründe 14 und 16 ROM II. Geregelt wird insoweit der Einzelfallbezug und der angemessene Interessensausgleich der Parteien. Es handelt sich damit um Determinanten, die es durch eine Inhaltskontrolle gerade zu verwirklichen gilt. Schließlich sind die Erwägungsgründe 9 und 18 ROM III zu beachten. Der Erwägungsgrund 9 ROM III legt dar, dass durchaus die Gefahr besteht, dass Parteien Verfahren wählen, die den eigenen Interessen am zuträglichsten sind. Folglich müsse die Verordnung einen entsprechenden Schutz bieten. Hintergrund ist, dass Parteien sich in ihrem Verhalten durchaus bewusst benachteiligen können. Sollte eine Partei nämlich keine Wahl haben, sich der Benachteiligung auf Grund von Zwang oder unlauteren Methoden des Vertragspartners zu entziehen, so muss auch hier das Instrument der Inhaltskontrolle greifen. Bestätigung erfährt dies durch Erwägungsgrund 18 ROM III, der insbesondere auf die sozialen Folgen und auf die Chancengleichheit der Parteien abstellt.

Der soziale Schutzaspekt kann aber unter teleologischen Erwägungen im Hinblick auf andere wesentliche Grundpfeiler von ROM I bis III nicht grenzenlos gewährt werden. Eine solche Kollision ergibt sich mit der Rechtssicherheit unter Wahrung der Parteiautonomie. Rechtssicherheit ist eines der fundamentalen Ziele der Verordnungen. Beispielhaft seien die Erwägungsgründe 16 ROM I, 31 ROM II und 29 ROM III genannt. Ziel ist, den Parteien die Folgen der Rechtswahl vor Augen zu führen. Sollte nun eine Inhaltskontrolle die vereinbarte Rechtswahl zugunsten der objektiven Rechtswahl aushebeln, könnte die Vorhersehbarkeit für eine, nämlich die benachteiligende Partei, außer Kraft gesetzt werden. Diese „Einbuße der Rechtssicherheit" würde aber im Rahmen einer Inhaltskontrolle immer nur die Partei treffen, die sich eben gerade durch Zwang oder unlautere Methoden den Abschluss einer Vereinbarung gesichert hat. Diese Partei ist wohl kaum als besonders schutzwürdig anzusehen. Nun könnte man die These vertreten, dass der Schutzumfang einer Inhaltskontrolle für den einzelnen im Bereich der „Grauzone" von rechtmäßiger und nichtrechtmäßiger Beeinflussung keineswegs voraussehbar sei, so dass faktisch die Rechtssicherheit dennoch entzogen wird. Dem Ansatz muss pragmatisch entgegengehalten werden, dass dies die natürlichen Mechanismen von Recht sind. Die Judikative betreibt durch Anwendung und Auslegung des Rechts in allen Rechtsgebieten Rechtsfortbildung. Dies ist nicht verwerflich und führt (jedenfalls irgendwann) zu einer gefestigten Rechtsprechung, so dass das Kriterium der Rechtssicherheit nicht nur gewahrt, sondern schließlich auch verwirklicht wird. Im Übrigen muss sich auch die bereits erwähnte Rechtsfolge einer „erfolgreichen" Inhaltskontrolle vor Augen geführt werden. Die objektive Anknüpfung greift und es besteht kein rechtsleerer Raum, der durch richterliche Rechtsfortbildung ausgefüllt werden müsste. Das für sich genommen ist Rechtssicherheit.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Zwischenfazit

Auch im Hinblick auf die den Verordnungen zu Grunde liegende Parteiautonomie sind ROM I bis III für eine Europäische Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen zugänglich. Wie bereits gezeigt, kann Parteiautonomie nur soweit reichen, wie Rechte Dritter nicht in unzulässiger Art beschränkt werden. Die Ermittlung – und gleichfalls soziale Ausprägung der Verordnungen – ist Aufgabe einer Inhaltskontrolle. So ist schließlich auch zum Schutz der Parteiautonomie eine Inhaltskontrolle geboten und durchaus mit dem Gebot der Rechtssicherheit in Einklang zu bringen. Die gewonnenen Erkenntnisse lassen die verneinende Haltung einer Missbrauchskontrolle von Europäischen Gerichtsstandsvereinbarungen trotz der zu fordernden Formalisierung und Stringenz äußerst zweifelhaft erscheinen.

3. Positiv-rechtlicher Ansatz einer Inhaltskontrolle

Die aufgezeigte Legitimität verlangt eine tiefergehende Untersuchung nach einem positiv-rechtlichen Ansatz des Instruments einer Inhaltskontrolle in den Verordnungen.

a) Art. 14 Abs. 1 Satz 1 lit. b) ROM II – „frei ausgehandelte Vereinbarung"

Anknüpfungspunkt ist zunächst die Rechtswahlfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 lit. b) ROM II, „wenn alle Parteien einer kommerziellen Tätigkeit nachgehen, auch durch eine vor Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses frei ausgehandelte Vereinbarung." Wurde das Instrument der Inhaltskontrolle mit obigen Ausführungen unter sozialen Schutzmomenten im Lichte von Vertragsparität abstrakt erläutert, findet sich in der konkreten Umsetzung mit der „frei ausgehandelte(n) Vereinbarung" ein entscheidendes Kriterium als Bewertungsmaßstab.

Lässt sich aus diesem Tatbestandsmerkmal eine (generelle) Existenz einer Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarung innerhalb von ROM I bis III ableiten? In der Literatur wird neben dem Ausschluss von AGB (diese sind grundsätzlich nicht frei verhandelt)[130] vertreten, dass die Formulierung jedenfalls eine europäische Missbrauchskontrolle erlaube.[131] Das Tatbestandsmerkmal der freien Verhandlung bedingt die Abwesenheit eines Parteidiktats.[132] Die Rechtmäßigkeit der Vereinbarung kann nur durch Prüfung derselbigen ermittelt werden. Somit

130 Vgl. m.w.N. *von Hein*, Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der ROM II-Verordnung, ZEuP 2009, S. 20.

131 So u.a. *Leible*, Rechtswahl im IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach der ROM II-Verordnung, RIW 2008, S. 260; *Wagner*, (Fn. 85), S. 14.

132 Näher dazu auch *Mankowski*, (Fn. 82), S. 400.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rückt eine Einzelfallprüfung in den Mittelpunkt,[133] namentlich eine Inhaltskontrolle. Es handelt sich bei diesem Tatbestandsmerkmal somit nicht um bloßes „Wortgeklingel ohne eigenständige Bedeutung".[134] Das Argument, eine Inhaltskontrolle wäre zu bezweifeln, weil ROM II, respektive Art. 14 Abs. 1 Satz 1 lit. b) ROM II, keine inhaltliche Prüfungsvorgabe machen würde,[135] geht fehl. Wie im Späteren zu zeigen sein wird (III.), kann eine Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen durchaus durch europarechtliche Vorgaben ausgestaltet werden.[136]

Allerdings soll mit der herrschenden Meinung die Wirkung des Merkmals „frei ausgehandelte Vereinbarung" bzw. „*an agreement freely negotiated*" nur auf die Alternative des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 lit. b) ROM II begrenzt sein.[137] Aus teleologischen Aspekten muss dem widersprochen und das Tatbestandmerkmal auf Art. 14 Abs. 1 ROM II insgesamt erstreckt werden.[138] Wenn schon kommerziell tätige Parteien den expliziten Schutz einer Inhaltskontrolle genießen, muss dies erst recht mit dem Erwägungsgrund 31 ROM II (Schutz der schwächeren Partei) gelten, wenn sich zumindest auf der einen Seite eine nicht kommerziell tätige Partei befindet. Letztere sind im Zweifel eher schutzbedürftig. Auch der Wortlaut der Norm stützt dieses Ergebnis.[139]

Der Rechtsbegriff „frei ausgehandelte Vereinbarung" findet sich in ROM I und ROM III nicht. ROM III spricht mit Erwägungsgrund 18 lediglich die Chancengleichheit der Parteien an. Dementsprechend ist zu fragen, ob dieser Rechtsbegriff verallgemeinerungsfähig ist. Im Rahmen des Auslegungsmaßstabes der Verordnungen wurde herausgearbeitet, dass sich das Europäische Kollisionsrecht nicht nur durch das Bestreben nach Vereinheitlichung bemisst, sondern vielmehr eine einheitliche Europäische Rechtsordnung geschaffen werden soll. Zwar würde es nach hier vertretener Ansicht zu weit gehen, den Wortlaut im Sinne einer Kohärenz in die Verordnungen ROM I und III zu übertragen. Dem würde sicherlich schon der historische Aspekt widersprechen, dass ROM II zuerst erlassen und in Kraft getreten ist und eine Übernahme nicht erfolgte. Allerdings muss der Grundsatz einer Zugänglichkeit der Verordnungen für eine Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen übertragen werden. Hierfür sprechen die ermittelten sozialen

133 *Thorn*, (Fn. 94), Art. 14 ROM II, Rdnr. 9.

134 *Junker*, Der Reformbedarf im Internationalen Deliktsrecht der ROM II-Verordnung drei Jahre nach ihrer Verabschiedung, RIW 2010, S. 267.

135 So aber *Junker*, in: Münchener Kommentar, (Fn. 69), Art. 14 ROM II, Rdnr. 36.

136 Zutreffend vgl. unter D.III. ist ein Rückgriff hierbei auf nationales Recht zu verneinen, *Wagner*, (Fn. 85), S. 14.

137 U.a. *Leible*, (Fn. 131), S. 260; *Wagner*, (Fn. 85), S. 13.

138 So zu Recht *Junker*, (Fn. 135), Art. 14 ROM II, Rdnr. 34 f.

139 Vgl. dazu ibid., Rdnr. 35.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schutzmomente der Verordnungen, sodass im Ergebnis das Tatbestandsmerkmal nichts anderes beschreibt, was den Verordnungen schon inhärent ist, freilich an einer falschen Stelle.

b) Abschluss- und Inhaltskontrolle – eine nationale Ausgestaltung?

Versinnbildlicht wird der Gedankengang eines positiv-rechtlichen Ansatzes einer Inhaltskontrolle auch durch Art. 3 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 10 ROM I und Art. 6 ROM III. Hiernach bemisst sich das Zustandekommen und die Wirksamkeit einer Rechtswahlvereinbarung am Maßstab des nach den Verordnungen anzuwendenden (nationalen) Rechts.[140] In einem ersten Schritt ist zunächst festzustellen, dass ROM I und III eine Kontrolle von Rechtswahlvereinbarungen hinsichtlich ihres Zustandekommens gestatten, ROM II hingegen nicht.[141]

Die Zugänglichkeit der Verordnungen für eine Inhaltskontrolle[142] nach obigen Ergebnissen und die Existenz nationaler Rechtsinstrumente führt zu der These, Art. 3 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 10 ROM I und Art. 6 ROM III normieren durch einen Verweis eine nationale Inhaltskontrolle.[143] In teleologischer Reduktion der Art. 3 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 10 ROM I und Art. 6 ROM III ist dem jedoch zu widersprechen. Als Teilaspekt der Parteiautonomie obliegt dem Instrument der Inhaltskontrolle im Sinne eines Gerechtigkeitspostulats,[144] ein

140 Zum Überblick m.w.N. *Martiny*, (Fn. 69), Art. 3 ROM I, Rdnr. 104 ff.

141 Art. 10 ROM I wäre mit obigen Ausführungen auf ROM II zu übertragen, obgleich eher davon auszugehen ist, dass ein entsprechender Art. 10 ROM II im speziellen Kontext bewusst nicht verankert wurde. Wie im strukturellen Vergleich aufgezeigt, war die Rechtswahlmöglichkeit im Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse im nationalen Recht eher die Ausnahme denn die Regel, so dass auch keine spezifischen nationalen Regelungen zur Überprüfung existierten. Im Ergebnis wäre die Inhaltskontrolle somit unionsrechtlich auszugestalten. Umso unverständlicher erscheint in diesem Lichte der Art. 6 ROM III. Ihn neutral als Fremdkörper zu bezeichnen, ist noch eine milde Umschreibung. Eine nationale Rechtswahlmöglichkeit im Bereich der Scheidung ist nicht nur in den Mitgliedstaaten der Union, sondern auch im internationalen Gefüge die absolute Ausnahme. Die Konsequenz ist, dass es erst Recht keine spezifischen nationalen Regelungen zur Inhaltskontrolle gibt, vielmehr die vorhandenen „sachfremden" Normen angewendet werden müssen; freilich der Rechtssicherheit nicht zuträglich. Jedenfalls wird aus dem verunglückten Art. 6 ROM III im Umkehrschluss die zwingende Notwendigkeit eines Europäischen Bewertungsmaßstabes der Inhaltskontrolle sichtbar.

142 Zustimmend im Bereich des Art. 14 Abs. 1 lit. b) ROM II *Dörner*, in: Schulze u.a. (Hrsg.), BGB, 6. Aufl. 2009, Art. 14 ROM II, Rdnr. 2. Ablehnend und m.w.N. im Bereich der AGB-rechtlichen Zulässigkeit von Rechtswahlvereinbarungen *Spellenberg*, in: Münchener Kommentar, (Fn. 69), Art. 10 ROM I, Rdnr. 166.

143 So näher *Thorn*, (Fn. 94), Art. 10 ROM I, Rdnr. 1 ff.

144 Dazu insgesamt schon bereits *Jayme*, Die internationale Parteiautonomie auf dem Prüfstand – 65. Sitzung des Institut de Droit International in Basel, IPRax 1991, S. 429 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ausgleich zwischen rechtlichen und moralischen Forderungen vorzunehmen.[145] Aufgrund der Vagheit dieser Aussage würde eine nationalisierte Inhaltkontrolle eine erhebliche Gefahr für die Rechtssicherheit bedeuten. Wie sehr nationale Gerichte mangels unionsrechtlichen Vorgaben mit moralischen Forderungen zu kämpfen haben, verdeutlicht exemplarisch der Fall einer Scheidung einer maltesisch-niederländischen Ehe auf gemeinsamen Antrag vor einem niederländischen Gericht, obgleich die Eheleute beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Malta hatten. Hier bedient sich das niederländische Gericht entgegen der Brüssel II-Verordnung einer Notzuständigkeit unter Berufung auf Art. 6 EMRK.[146] Hier zeigt sich im besonderen Maß, warum eine nationale Inhaltskontrolle abzulehnen ist. Zunächst geht es im Grundsatz um Rechtsvereinheitlichung. Diese muss Rechtssicherheit erzeugen, dafür stehen die Verordnungen. Rechtssicherheit würde aber konterkariert, wenn man eine nationale Inhaltskontrolle zulassen würde. Die Inhaltskontrolle als Wirksamkeitskontrolle der Rechtswahlvereinbarung am Maßstab nationalen Rechts würde zu unterschiedlich gewichtigen Schutzsphären führen, je nachdem ob und wie sie national ausgestaltet ist. Das Konzept einer Einheit würde in nationale Scheiben zerstückelt und die Parteiautonomie als festen Grundsatz der Verordnungen *ad absurdum* führen. Zahlreiche Ausprägungen von Inhaltskontrollen in den jeweiligen 27 Mitgliedstaaten hätten eine unüberschaubare Überfrachtung von Einschränkungsmöglichkeiten des Grundsatzes der Parteiautonomie zur Folge. Rechtssicherheit und Rechtsvereinheitlichung würden nicht gewährleistet. Eine Inhaltskontrolle auf nationaler Ebene wäre den Zielvorgaben des Europäischen Kollisionsrechts somit nicht zuträglich und verlangt einen autonomen unionsrechtlichen Ansatz.

Artikel 3 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 10 ROM I und Art. 6 ROM III enden im Rahmen der teleologischen Reduktion auch nicht als Leerformel. Vielmehr umfassen diese weiterhin Fragen der Abschlusskontrolle,[147] wobei der Übergang zur Inhaltskontrolle oft fließend erscheint.[148] Umso gewichtiger stellt sich die Handlungsverpflichtung des Europäischen Gesetzgebers dar. Im Ergebnis ist damit zumindest ein positiv-rechtlicher Ansatz einer Inhaltskontrolle in den Verordnungen angedeutet, ihre Ausgestaltung sodann zu klären.

---

145 Vgl. zum Überblick *Schulze*, Moralische Forderungen und das IPR, IPRax 2010, S. 290 ff.

146 Näher dazu *Jayme/Kohler*, (Fn. 33), S. 548.

147 Im deutschen Sinne würde man unter der Abschlusskontrolle alle Willensmängel beim Abschluss der Rechtswahlvereinbarung verstehen (z.B. §§ 119 ff., 123 BGB), Maßstab der Inhaltskontrolle würden die §§ 138, 242 BGB bilden. Im Rahmen von AGB differenziert man wesensgleich zwischen Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle, vgl. dazu etwa *Jayme*, Inhaltskontrolle von Rechtswahlklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Fs. Lorenz, 1991, S. 435 ff.

148 Ähnlich hinsichtlich dem Verhältnis Einbeziehungs-/Inhaltskontrolle auch *Schaub*, Inhaltskontrolle im Internationalen Privatrecht, in: Riesenhuber/Karakostas (Hrsg.), Inhaltskontrolle im nationalen und Europäischen Privatrecht, 2009, S. 197.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Inhaltskontrolle bei konkludenter Rechtswahl

Mit Ausnahme von ROM III statuieren die Verordnungen gemäß Art. 3 Abs. 1 ROM I und Art. 14 Abs. 1 ROM II den Fall der konkludenten Rechtswahl. Bewertungsmaßstab der konkludenten Rechtswahl ist der reale und nicht der hypothetische Parteiwille.[149] Für Spekulationen über die Rechtswahl bleibt somit kein Platz.[150] ROM I und II ermöglichen die Rechtswahl nur bei Eindeutigkeit bzw. bei hinreichender Sicherheit und verankern damit das sogenannte Transparenzgebot.[151] Hieraus wird geschlossen, dass eine Inhaltskontrolle im Bereich konkludenter Rechtswahl bereits von Anfang an ausscheiden würde.[152] Sicherlich ist dieser Meinung insoweit zuzustimmen, als von vornherein eine Art Inhaltskontrolle vorgenommen wird. Allerdings ist diese nicht erschöpfend. Der reale und nicht der hypothetische Wille ist anzulegen, so dass dem (nationalen) Gericht ein verbreiteter Wertungsmaßstab abgeschnitten wird. Sofern der reale Wille Benachteiligungen bedingt, muss ebenfalls ein sozialethischer Mindeststandard gewahrt werden. Das lässt sich aus den Wertungen der Verordnungen selbst erschließen, implizieren sie doch, wie aufgezeigt, selbst ein soziales Schutzmoment. Eine Inhaltskontrolle muss somit auch bei konkludenter Rechtswahl erfolgen.

III. Europäische Ausgestaltung der Inhaltskontrolle

Die erörterten Gründe führen zur unionsrechtlichen Ausgestaltung des Instruments der Inhaltskontrolle. Zur Charakterisierung und Etablierung werden in Einklang mit dem erstellten Anforderungsprofil die Europäischen Grund- bzw. Menschenrechte und die allgemeinen Rechtsgrundsätze als mögliche Rechtsgrundlagen zum Gegenstand der Untersuchung gemacht.

1. Europäische Grundrechte und Grundrechte der EMRK

Grundrechte können quasi als Antwort des Rechts auf das Schutzbedürfnis des Einzelnen gegenüber nicht nur hoheitlicher, sondern auch privater Gewalt verstanden werden.[153] In Funktion und Wirkungsweise entsprechen sie somit abstrakt dem oben aufgezeigten Leitbild und dem erstellten Anforderungsprofil an das Instrument der Inhaltskontrolle. Neben den nationalen Grundrechten findet sich ein Grundrechtsschutz auch in der Europäischen Grundrechtecharta (und weiterhin allgemeinen Rechtsgrundsätzen) sowie in der Europäischen Menschenrechts-

149 *Von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 2007, S. 434, § 10, Rdnr. 32.

150 Ibid., S. 434, § 10, Rdnr. 36.

151 Vgl. *Schmidt*, (Fn. 115), § 12, S. 283 ff.

152 So *Jayme*, (Fn. 13), S. 72 f.

153 *Lindner*, Grundrechtsschutz in Europa – System einer Kollisionsdogmatik, EuR 2007, S. 160.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

konvention.[154] In einem Grundrechtsschutz-Mehrebenensystem können Kollisionen entstehen, welche sich – in starker Vereinfachung – durch die Geltungserhaltungsnormen der Art. 53 EMRK, Art. 53 GRCh und (bspw.) Art. 142 GG, ergänzt um eine entsprechende Rechtsprechung zum Beispiel des Bundesverfassungsgerichts[155] und gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV dem zukünftigen Beitritt der Union zur EMRK, auflösen lassen. Vorliegend wird der Grundrechtsstandard der Charta zugrunde gelegt. Im Einzelfall wird der Standard der Europäischen Menschenrechtkonvention einzufließen haben. Der nationale Grundrechtsstandard spielt eine untergeordnete Rolle, wurde doch aufgezeigt, dass eine nationale Inhaltskontrolle nicht die gewünschte Rechtssicherheit gewährleistet.

a) Drittwirkung von Grundrechten

Bei der grundrechtlichen Ausgestaltung der Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen bewegt man sich nicht auf klassischen grundrechtlichem Terrain. So stehen sich nicht Bürger und Hoheitsträger gegenüber. Rechtswahlvereinbarungen werden zwischen Privaten (auch ein Hoheitsträger würde in der Regel als Privater auftreten) geschlossen. Zu klären ist, ob Grundrechte der Grundrechtecharta unmittelbar oder mittelbar Wirkung zwischen Privaten entfalten.[156]

Grundsätzlich sind Private als Berechtigte und nicht als Verpflichtete im Rahmen grundrechtlicher Gewährleistungen einzuordnen.[157] Dies kann man aus der primären Abwehrfunktion von Grundrechten herleiten und entspricht auch der Dogmatik der EMRK,[158] welche Fehlverhalten Privater dem Staat selbst zurechnet.[159] Der EuGH hat bezüglich der Grundrechte der Charta noch keine abschließende Stellungnahme dahingehend abgegeben, ob die normierten Grundrechte Drittwirkung entfalten. Sofern man einzelne Grundrechte (insbesondere Art. 24 Abs. 2 und 3 GRCh) ihrem Wortlaut nach betrachtet, könnte man von einer solchen ausgehen. Allerdings steht dieser Ansatz klar im Widerspruch zu Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh, welcher als Grundrechtsverpflichteter die Union und die Mitgliedstaaten benennt.[160] Private werden nicht erwähnt und so ist es auch nicht überraschend,

154 Vgl. zum Überblick ibid, S. 160 ff.

155 Nunmehr nach langer Rechtsprechungstradition BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*.

156 M.w.N. *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 102), Art. 51 GRCh, Rdnr. 18.

157 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 4, 2009, S. 87, Rdnr. 279.

158 *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 6, Rdnr. 49.

159 Vgl. dazu *Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 2, Rdnr. 25.

160 Vgl. näher *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2006, Art. 51, Rdnr. 31.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass eine solche Wirkung in der Literatur nur selten vertreten wird.[161] Vielmehr werden, gleich dem Konzept der EMRK, Beeinträchtigungen Privater durch Private über die hoheitliche Schutzpflicht[162] nichtstaatlicher Dritter gelöst.[163] Ein Rückgriff auf die (un)mittelbare Drittwirkung von Grundfreiheiten[164] verbietet sich indes. Begründungsansatz für die Drittwirkung ist hier die Schaffung eines Binnenmarktes. Im Rahmen der gegenständlichen Konstellation spielt dieser Aspekt aber nur eine untergeordnete Rolle. Der dogmatische Ansatz der Schutzpflichtenkonstruktion hat erhebliche Auswirkungen auf die Reichweite des Grundrechtsschutzes im Bereich ROM I bis III. Unterstellt, eine Rechtswahlvereinbarung würde eine Partei in einer grundrechtlich geschützten Position verletzen, müsste sich die Union bzw. die Mitgliedstaaten diese Verletzung selbst zurechnen lassen. Zwei Ansätze sind denkbar:

Die Union hätte in legislativer Hinsicht durch ihren Gesetzgeber in die Verordnungen Schutzinstrumente aufnehmen müssen, die dem bezeichneten Fall vorbeugen. Insoweit wäre beispielsweise an eine Generalklausel zu denken, die – wie der deutsche Grundsatz von Treu und Glauben – ein Einfallstor für die Europäischen Grundrechte darstellen würde. Eine „ordre public"-Klausel als Sachnormverweisung auf die nationalen Grundrechte reicht nach hier vertretener Auffassung mangels Rechtssicherheit nicht. In der Untätigkeit des Gesetzgebers wäre dann die entsprechende Schutzpflichtverletzung zu sehen.[165] Nun sprechen mehrere Aspekte dafür, dass bei diesem Ansatz grundrechtliche Gewährleistungen auf der Strecke bleiben, weil sie schlicht nicht umgesetzt werden können. Gesetzgebungsakte ergehen in der Europäischen Rechtsordnung für die Unionsbürger, nicht für den Einzelnen. Die Erfolgsaussichten einer Klage gerichtet auf die Schaffung bestimmter Regelungen sind dementsprechend gering. Wesentliches Element ist auch die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Diese ist weit zu fassen,[166] eine tatsächliche Rechtsverletzung durch den Gesetzgeber schwerlich nachzuweisen. Im Übrigen würde auch nur ein Anspruch auf eine effektive, nicht jedoch auf eine bestimmte Maßnahme bestehen.[167] Grundrechtliche Gewährleistungen wären

161 So aber *Beutler*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 6 EUV, Rdnr. 66.

162 Im Bereich der EMRK siehe EGMR, Nr. 48553/99, *Sovtranavto/Ukraine*, Rdnr. 96 ff.; *Cremer*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 1. Aufl. 2006, Kap. 22, Rdnr. 108.

163 *Kühling*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 674.

164 Bspw. EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921 ff.; EuGH, Rs. C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000, I-4139.

165 Der Rechtsweg zum EuGH wäre über eine Untätigkeitsklage gem. Art. 265 AEUV zu erwägen. Dieses Fehlverhalten könnte gem. Art. 268 i.V.m. Art. 340 AEUV schließlich sogar in einem Schadensersatzanspruch gegen die Union münden.

166 Vgl. *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, § 5, Rdnr. 26 und § 6, Rdnr. 64 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

im Ergebnis mangels Durchsetzungsmöglichkeit im Bereich legislativen Unrechts überschaubar, wenn nicht gar gänzlich ausgeschlossen.

Die Schutzpflichtenkonstruktion greift aber nicht nur bei legislativem, sondern auch bei judikativem Unrecht. Verstöße können gerichtlich überprüft und unter Sanktion gestellt werden.[168] Judikatives Unrecht könnte in einer Nichtberücksichtigung grundrechtlicher Gewährleistungen durch europäische bzw. nationale Richter liegen. Der europäische Grundrechtsgehalt als richterlicher Prüfungsmaßstab reicht jedenfalls im Bereich von ROM I bis III in die Privatrechtsordnung hinein.[169] In Fällen gestörter Vertragsparität im Rahmen von ROM I bis III ist die rechtliche Grundlage für Rechtswahlvereinbarungen zwischen Privaten das Sekundärrecht. Sekundärrecht (ROM I bis III) muss jedoch stets im Lichte primärrechtlicher Vorgaben (Europäische Grundrechte) ausgelegt und angewendet werden. Die Anwendungspflicht der Grundrechte zwischen Privaten über die Schutzpflichtenkonstruktion bei ROM I bis III lässt eine Ausfüllung der Inhaltskontrolle mit grundrechtlichen Vorgaben zu.

b) Allgemeine Handlungsfreiheit

Bei Vertragsparität und entsprechender grundrechtlicher Inhaltskontrolle denkt man im deutschen Recht zunächst an die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 GG. Dieser umfasst die Vertragsfreiheit (Partei- und Privatautonomie), welche sachimmanent aus Freiheit Bindung erwachsen lässt, gleichfalls aber nicht grenzenlos zu gewährleisten ist,[170] weil durch „Gemeinwohlorientierung" dem Staat Schranken zur Verfügung stehen.[171] Neben staatlichen Beschränkungsmöglichkeiten können aber auch kollidierende Grundrechtspositionen Dritter (vorliegend unter anderem die Rechte der „stärkeren" Partei) zur Rechtfertigung von Einschränkungen vorge-

---

167 *Kühling*, (Fn. 163), S. 677.

168 *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 102), Art. 10 EGV, Rdnr. 15.

169 Abstrakt ergibt sich dieses aus folgender Erwägung: Art. 4 Abs. 3 EUV statuiert den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit. Union und Mitgliedstaaten wird damit der Auftrag zur Rücksichtnahme und Kooperation im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben erteilt. Als Generalklausel ausformuliert, soll ein Zusammenwirken auf allen Ebenen von allen Akteuren erreicht werden. Es entsteht damit eine Gewährleistungsverantwortung Unionsrecht so anzuwenden, dass Einheit und Wirksamkeit garantiert werden. Dieser Rechtseinheit sind auch Grundrechte als Bestandteil des *acquis communautaire* inhärent. Zum Begriff Treu und Glauben mit Blick auf Art. 4 Abs. 3 EUV (Art. 10 EGV) bspw. EuGH, Rs. C-183/91, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1993, I-3131, Rdnr. 19; EuGH, Rs. C-478/01, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 2003, I-2351, Rdnr. 24; ähnlich *Kahl*, (Fn. 168), Art. 10 EGV, Rdnr. 7 ff.; zum objektiven Charakter von Grundrechten *Mayer*, Der Vertrag von Lissabon und die Grundrechte, EuR 2009, S. 88.

170 Vgl. dazu ausführlich *Di Fabio*, in: Maunz/Düring, GG, 2009, Art. 2 GG, Rdnr. 101 ff.

171 Insb. unter dem Gesichtspunkt des Sozialstaats, BVerfGE 8, 274 (328 ff.) – *gesetzliche Preisbindung.*

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bracht werden.[172] Übertragen auf Europäische Rechtswahlvereinbarungen führt dies bei grober Benachteiligung zur Abwägung der kollidierenden Grundrechtspositionen bzw. „Verfassungsprinzipien".[173]

Auf europäischer Bühne ist der Begriff „allgemeine Handlungsfreiheit" auch in der Rechtsprechung des EuGH existent.[174] In der Rechtssache *Hoechst* wurde angedeutet, dass die allgemeine Handlungsfreiheit (und Betätigungsfreiheit) unter den Gesichtspunkten des Vorbehalts des Gesetzes, des Willkürverbots und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Auffanggrundrecht verstanden werden kann, sofern spezielle grundrechtliche Gewährleistungen nicht einschlägig sind.[175] Allerdings muss festgestellt werden, dass sich dieser Ansatz in der Rechtsprechungspraxis nicht durchgesetzt zu haben scheint. Eine weitere Konkretisierung hat nicht stattgefunden, auch ist auf eine weitere ausdrückliche Benennung verzichtet worden.[176] Von einem allgemeinen (ungeschriebenen) Rechtsgrundsatz kann somit noch nicht gesprochen werden. Weder die Grundrechtecharta noch die EMRK statuieren eine allgemeine Handlungsfreiheit vergleichbar dem deutschen Grundgesetz. Ersteres überrascht in besonderem Maße, war es doch mit *Herzog* ein Deutscher, der die Grundrechtecharta maßgeblich mitgeprägt hat. Aus hiesiger Sicht muss dies insbesondere aus dogmatischen Erwägungen als ungenutzte Chance begriffen werden. Das Fehlen eines solchen allgemeinen Auffanggrundrechts hinterlässt quasi eine Rechtslücke. Sie zu füllen kann prinzipiell nur durch Erweiterung der Schutzbereiche anderer Grundrechte erfolgen. Inhärent mit diesem Vorgang ist die Gefahr einer Überdehnung und Verzerrung von Grundrechten der Grundrechtecharta.[177] Es muss demnach (im Einzelfall) gefragt werden, ob die speziellen Grundrechte einen Ausgleich des beschriebenen Dualismus der Grenzziehung ermöglichen.

c) Einzelne ausgewählte Grundrechte

Der Rahmen des vorliegenden Beitrags erlaubt nur eine beispielhafte Aufzählung ausgewählter Grundrechte. Denkbar sind im Einzelfall auch andere Grundrechte, abhängig von der jeweiligen Fallkonstellation. Die Grundrechtsauswahl umfasst ausschließlich Rechte, die sich vor Gültigkeit der Grundrechtecharta durch richter-

172 *Mager*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2000, Art. 4 GG, Rdnrn. 19, 31 und 51.

173 Zur Prinzipienlehre vgl. *von Bogdandy*, Grundprinzipien, in: ders./Bast, (Fn. 163), S. 13 ff.

174 EuGH, verb. Rs. 133/85 bis 136/85, *Rau*, Slg. 1987, 2289, Rdnr. 15 ff.

175 EuGH, verb. Rs. 46/87 und 227/88, *Hoechst/Kommission*, Slg. 1989, 2859, Rdnr. 19 ff.

176 Vgl. dazu insb. EuGH, Rs. C-233/94, *Einlagensicherungssysteme*, Slg. 1997, I-2405, Rdnr. 54 ff.

177 Vgl. zur Problematik *Schmitz*, Die EU- Grundrechtecharta aus grundrechtsdogmatischer und grundrechtstheoretischer Sicht, JZ 2001, S. 837 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liche Rechtsfortbildung entwickelt haben. Aus Art. 6 Abs. 3 EUV folgen allgemeine Rechtsgrundsätze. Sofern nunmehr die entsprechende Verankerung in der Grundrechtecharta benannt wird, bedarf es keiner näheren Erläuterung des sogenannten „Opt-out"-Prinzips der Grundrechtecharta.[178] Die Grundrechte bestehen durch Rechtsfortbildung, losgelöst von der Grundrechtecharta, fort.

(1) Berufsfreiheit / unternehmerische Freiheit

Artikel 15 und 16 GRCh unterscheiden zwischen der Berufsfreiheit und der unternehmerischen Freiheit. Für die gegenständliche Untersuchung ist eine weitergehende Differenzierung der beiden Schutzbereiche nicht notwendig. Im Zuge der Rechtsprechung sind bereits vor der Grundrechtecharta die Teilaspekte der Vertragsfreiheit[179] und der Handlungsfreiheit[180] – in wirtschaftlicher Sicht – herausgearbeitet worden. Im Gegensatz zur Grundrechtecharta statuiert die Europäische Menschenrechtskonvention kein eigenständiges Grundrecht der Berufsfreiheit. Lediglich Art. 4 Abs. 2 EMRK verbirgt die negative Berufsfreiheit im Hinblick auf das Verbot von Zwangs- oder Pflichtarbeit. Gleichermaßen lassen sich aber mittelbare Ausprägungen der Berufsfreiheit in der EMRK finden, so dass ein gewisser Schutzgehalt auch hier zu finden ist.[181]

Sofern sich nun durch Rechtswahlvereinbarungen Benachteiligungen im wirtschaftlichen Bereich für eine Partei ergeben, kann hierin ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit/unternehmerischen Freiheit gesehen werden. Insoweit sind unmittelbare als auch mittelbare Eingriffe in den Schutzbereich der Berufsfreiheit im Sinn der Grundrechtecharta möglich,[182] was sich nicht nur aus Art. 52 Abs. 1 GRCh erschließt, der von „jeder Beeinträchtigung" spricht.[183] Auch die Praxis des EuGH gibt entsprechende Vorgaben.[184] Im Ergebnis kommt es somit auf die jeweiligen Auswirkungen der Maßnahme und nicht auf ihre formale Ausgestaltung an. Der angesprochene Dualismus der Grenzziehung – namentlich der gegenseitigen Begrenzung von Selbstbestimmung und Einzelfallgerechtigkeit unter größtmöglicher Wahrung der Rechtssicherheit – löst sich auf Ebene der Rechtmäßigkeit bzw. der Verhältnismäßigkeit. Hier stehen Grundrechte des Dritten zur Disposition.

---

178 Zu den Hintergründen *Mayer*, (Fn. 169), S. 92 ff.

179 So bereits EuGH, Rs. 151/78, *Sukkerfabriken Nykobing*, Slg. 1979, 1, Rdnr. 20.

180 EuGH, Rs. C-418/01, *IMS Health*, Slg. 2004, I-5039, Rdnr. 48.

181 Umfassend *Nowak*, (Fn. 158), § 30, Rdnr. 14.

182 *Ruffert*, in: Ehlers, (Fn. 159), § 16.3, Rdnr. 30.

183 Näher *Blanke*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, 2006, Art. 15 GRCh, Rdnr. 41.

184 EuGH, Rs. C-84/95, *Bosphorus Airways*, Slg. 1996, I-3953, Rdnr. 22.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Ausgleich erfolgt durch Abwägung nach dem Prinzip des „schonendsten Ausgleichs" bzw. dem Grundsatz der praktischen Konkordanz.[185] Dieses entspricht inhaltlich dem gekennzeichneten Mechanismus der Inhaltskontrolle als Gleichgewicht schaffendes Rechtsinstrument im Einzelfall.

(2) Eigentumsschutz

Benachteiligende Rechtswahlvereinbarungen können auch Eigentumspositionen tangieren. Der Eigentumsschutz wird in der europäischen Grundrechtecharta in Art. 17 GRCh normiert und findet seinen Ursprung in der Rechtsprechung des EuGH als allgemeiner Rechtsgrundsatz.[186] Ein entsprechender Schutzstandard ist gemäß Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls in der EMRK verankert.

Der Schutzumfang bemisst sich zunächst am Eigentumsbegriff. Dieser ist weit zu fassen und wird nicht ausschließlich an den mitgliedstaatlichen Eigentumsbegriffen bemessen. Mit den englischen („*his possessions*") und französischen („*ses biens*") Formulierungen der Art. 17 GRCh und Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls der EMRK wird vielmehr deutlich, dass der Eigentumsbegriff autonom auszulegen ist.[187] Hierunter fallen grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die dem Einzelnen in der Art zugeordnet sind, dass er diese in eigener Verantwortung und Entscheidungsfreiheit ausüben darf.[188] Nicht vom Schutzumfang erfasst ist allerdings das Vermögen als solches.[189] Sollte das Eigentumsrecht einer unterlegenen Partei zur Inhaltskontrolle einer Rechtswahlvereinbarung herangezogen werden, darf es sich nicht (nur) um vermögensrechtliche Benachteiligungen handeln, was aber häufig der Fall sein dürfte. Gleichsam sind auch grundrechtliche Beeinträchtigungen des überlegenen Teils durch die Anwendung der Inhaltskontrolle in Form der praktischen Konkordanz im Rahmen einer Rechtfertigung einzubeziehen. Systematisch und dogmatisch lassen sich somit wiederum die gleichen Schlüsse ziehen.

185 *Blanke*, (Fn. 183), Art. 15 GRCh, Rdnr. 43 f.

186 Vgl. z.B. EuGH, Rs. 44/79, *Hauer*, Slg. 1979, 3727; EuGH, Rs. 280/93, *Bananenmarktordnung*, Slg. 1994, I-4973.

187 *Jarass*, Der grundrechtliche Eigentumsschutz in der EU, NVwZ 2006, S. 1090.

188 Vgl. EGMR, Nr. 15375/89 (1995), *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH/Niederlande*, Rdnr. 53; *Meyer-Ladewig*, Kommentar zur EMRK, 2. Aufl. 2006, Art. 1 ZP, Rdnr. 8.

189 Zum Überblick *Frenz*, (Fn. 157), § 3, S. 828 ff., Rdnr. 1817 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Ehe

Im Bereich von ROM III dürften insbesondere Art. 9 GRCh und Art. 12 EMRK (Art. 8 EMRK), welche jeweils den Schutz von Ehe und Familie normieren, für die inhaltliche Ausgestaltung der Inhaltskontrolle von Bedeutung sein.[190] Benachteiligende Rechtswahlvereinbarungen können mit dem normierten Schutzstandard kollidieren. Dieser wird aber mit Blick auf Art. 9 GRCh zu Recht als „blasse Formel" bezeichnet.[191] Aus dessen Wortlaut („Das Recht, eine Ehe einzugehen, und das Recht, eine Familie zu gründen, werden nach den einzelstaatlichen Gesetzen gewährleistet, welche die Ausübung dieser Rechte regeln")[192] wird ersichtlich, dass im Schwerpunkt der Schutzstandard durch den jeweiligen Mitgliedstaat selbst festgelegt wird. Hier fehlt der Union die Kompetenz.[193] Den gleichen Vorbehalt brachte auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum Lissabonner Vertrag an.[194] Freilich eine unbefriedigende Lösung im Hinblick auf die Harmonisierung von Recht und insbesondere dem Dogma der Rechtssicherheit.[195] Zu letzterem verpflichtet sich ROM III ausweislich seines Erwägungsgrundes 9 ausdrücklich. Verbleibt es damit bei 27 unterschiedlichen Bewertungsmaßstäben ob der inhaltlichen Ausgestaltung einer Inhaltskontrolle? Die Antwort lautet: „ja und nein". Dem Grundgehalt des Art. 9 GRCh muss auch in den nationalen Rechtsordnungen als primärrechtliche Norm Rechnung getragen werden.[196] Die weitere Ausgestaltung obliegt den Mitgliedstaaten. Hier jedoch ein Gleichgewicht zwischen Wahrung der Kompetenz und Europäischer Rechtsvereinheitlichung zu finden, dürfte eine schwierige Aufgabe werden.

Ein weiteres Problem ist mit der Rechtswahl nach Art. 5 ROM III verknüpft. Auffällig nach dem Wortlaut des Art. 9 GRCh (und auch Art. 12 EMRK) ist, dass die Schutzrichtung offensichtlich nur auf das Recht zielt, eine Ehe einzugehen, jedoch nicht diese wieder zu lösen. Insofern wäre Art. 9 GRCh (Art. 12 EMRK) vorliegend mangels Schutzumfang schon gar nicht anwendbar. Solch ein Ansatz wird teilweise auch durch die Rechtsprechung gestützt.[197] Sofern man diesem

---

190 Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf einen etwaigen Schutz durch völkerrechtliche Verträge; bspw. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte.

191 *Tettinger/Geerlings*, Ehe und Familie in der europäischen Grundrechtsordnung, EuR 2005, S. 426.

192 Die Erläuterung des Präsidiums nimmt insoweit Bezug auf Art. 12 EMRK, CHARTE 4471/00, Convent 48, S. 11, und verdeutlicht, dass die obigen Ausführungen gleichsam für Art. 12 EMRK Geltung beanspruchen.

193 *Dethloff*, Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität – Perspektiven für die Forschung, ZEuP 2007, S. 992 ff.

194 BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*.

195 Vgl. zum Schutzumfang ausführlich *Frenz*, (Fn. 157), § 6, S. 455 ff.

196 *Marauhn*, in: Hesselhaus/Nowak, (Fn. 158), § 20, Rdnr. 20.

197 Für Art. 12 EMRK vgl. EGMR, Nr. 9697/82, *Johnston u.a./Irland*, Rdnr. 51 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zustimmt, wäre durch Einschränkung der Scheidung jedenfalls das Privatleben des Benachteiligten betroffen, so dass ein grundrechtlicher Schutz aus Art. 7 GRCh erwachsen würde. Überzeugender ist aus hiesiger Sicht jedoch folgende Argumentation: Im Hinblick auf die EMRK erschließt sich aus Art. 5 des Protokolls Nr. 7, in dem die Möglichkeit einer Scheidung angesprochen ist, dass die Scheidung in der EMRK als „Schutzgut" verankert ist. Bereits oben wurde die Nähe des Art. 9 GRCh zur EMRK beschrieben. Deshalb ist Art. 5 des Protokolls Nr. 7 auch in die Grundrechtecharta hineinzulesen und die Scheidungsmöglichkeit auch in den Schutzumfang des Art. 9 GRCh zu etablieren. Es erscheint sinnvoll, eine einheitliche Schutzgewähr im Rahmen eines Grundrechts zu verankern, ohne sich selbst der Sachnähe zu berauben, indem man Teilaspekte unter andere Grundrechte subsumieren muss; quasi eine Legitimation kraft Sachzusammenhangs. Dogmatisch ist es kaum vorstellbar, das Recht der Ehe nicht dem Recht der Scheidung gleichzustellen, bedingt das eine in der Regel (Ausnahme: Malta) doch das andere. Ansonsten verbliebe es nämlich bei Art. 7 GRCh, freilich ein Kuriosum, würde hier der nationale Maßstab ausgeblendet. Im Ergebnis würde damit der Union nicht nur eine Kompetenzerweiterung zugebilligt. Vielmehr würde die Unionskonformität des Art. 13 ROM III in Frage gestellt.

d) Zwischenfazit

Als *acquis communautaire* werden die Grundrechte in ihrer Funktion und Wirkungsweise dem oben bezeichneten Leitbild des Schutzes Schwächerer und der inhaltlichen Ausgestaltung der Inhaltskontrolle gerecht. Die Schutzpflichtenkonstruktion verlangt eine Wirkung des Grundrechtsschutzes im Verhältnis zwischen Privaten. Die Darstellung einzelner Grundrechte verdeutlicht, dass es innerhalb der Schutzbereiche gerade Aufgabe der Rechtsprechung sein wird, diesen Konturen zu verleihen. Durch Einzelfallentscheidungen obliegt es der Praxis, die (theoretischen) Grundaussagen der Grundrechtsverpflichtung im Rahmen von Rechtswahlvereinbarungen umzusetzen.

2. Allgemeine Rechtsgrundsätze

Allgemeine Rechtsgrundsätze als unter anderen ranghöchste Rechtsquellen des Unionsrechts[198] sind im Rahmen der integrationsfreundlichen Entwicklung wesentlicher Funktionsbestandteil des Unionsrechts.[199] Der EuGH wendet allgemeine Rechtsgrundsätze seit jeher zur Lückenschließung des Unionsrechts mit dem Ziel einer Ergänzung bzw. Auslegungsmöglichkeit an. Mangels expliziter Normierung in ROM I bis III können diese durch den EuGH im Wege der Rechtsfortbildung (ent-

198 Grundlegend *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl. 2008, § 5, Rdnr. 354 ff.

199 Vgl. dazu *Nettesheim*, Normenhierarchie im EU-Recht, EuR 2006, S. 747 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weder durch Rechtsvergleich nationaler Rechtsordnungen oder durch Ableitung aus dem Unionsrecht selbst)[200] als Maßstab der inhaltlichen Ausgestaltung einer Inhaltskontrolle herangezogen werden. Die folgende Aufzählung ist beispielhaft.

a) Gleichbehandlung

Besonderen Stellenwert auf europäischer Ebene genießt der Grundsatz der Gleichbehandlung,[201] wenn auch manchmal in der praktischen Handhabung des EuGH durchaus verquer.[202] Neben einer grundrechtlichen Gewährleistung[203] verbirgt sich hinter diesem Grundsatz auch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz[204] von tragender Bedeutung, der geeignet ist, auch weit in privatrechtliche und kollisionsrechtliche Sachverhalte einzugreifen. Dieses zeigt sich neben der bereits angesprochenen Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft (unter anderem Art. 18 und 21 AEUV)[205] auch im Bereich des Art. 157 AEUV[206] und der Grundfreiheiten.[207] Naheliegend ist der Schluss, dass der allgemeine Gleichheitssatz auch Private bindet und verpflichtet. Die jeweilige Reichweite ist eine Einzelfallentscheidung.

b) Vertragliche Solidarität

Der Begriff der Solidarität ist dem Unionsrecht nicht fremd. Die Grundrechtecharta widmet sich mit Titel IV (Art. 27 bis 38 AEUV) der „Solidarität" und wirft in diesem Zusammenhang insbesondere den Verbraucherschutz auf. Als allgemeiner Rechtsgrundsatz verlangt die vertragliche Solidarität eine Ausgewogenheit der Parteiinteressen; im Ergebnis kann vom Gleichgewicht der Parteiinteressen in Form von Gleichberechtigung, Fairness und Offenheit gesprochen werden.[208] Die

---

200 Sinngemäß *von Bogdandy*, Grundprinzipien des Unionsrechts – eine verfassungstheoretische und -dogmatische Skizze, EuR 2009, S. 761.

201 Vgl. dazu *Heiderhoff*, (Fn. 105), S. 115.

202 Vgl. dazu EuGH, Rs. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, noch nicht in amtl. Slg.

203 Titel III der Grundrechtecharta: Gleichheit, Art. 20 ff. GRCh.

204 *Classen*, Freiheit und Gleichheit im öffentlichen und im privaten Recht – Unterschiede zwischen europäischem und deutschem Grundrechtsschutz?, EuR 2008, S. 627.

205 Zur Rspr. im Verhältnis Unionsbürger-Nichtdiskriminierung überblicksartig *Epiney*, Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2006, S. 411 ff.

206 Bspw. EuGH, Rs. 43/75, *Defrenne*, Slg. 1976, 455.

207 Bspw. EuGH, Rs. C-341/05, *Laval*, Slg. 2007, I-11767; allg. auch im Bereich Altersdiskriminierung EuGH, Rs. C-144/04, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981.

208 Umfassender Überblick bei *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 102), Art. 27 GRCh, Rdnr. 1 ff.; *Lurger*, Vertragliche Solidarität, 1998, insb. S. 128 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Elemente der vertraglichen Solidarität sind den nationalen Rechtordnungen nicht fremd. In Deutschland wäre wiederum in erster Linie der Grundsatz von Treu und Glauben heranzuziehen, um die solidarischen Elemente rechtlich umzusetzen. Die Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen anhand des Grundsatzes der vertraglichen Solidarität sollte aber nicht vorschnell herangezogen werden und schließlich nur eine Lösung für Extremfälle bilden. Es handelt sich nämlich um einen sehr idealistisch geprägten Grundsatz, soll doch Missbrauch quasi durch Selbstkontrolle der Parteien verhindert werden. Hierbei wird aber übersehen, dass den Parteien zu viel zugemutet wird. Die Parteien haben im Grundsatz nicht die gleichen Interessen.[209] Vertragsparteien haben in der Regel sogar gegensätzliche Positionen auch bezüglich einer Rechtswahl. Ihnen nun zuzumuten, sich über das gebotene Maß hinaus solidarisch zu verbrüdern, würde klare Normen des Europäischen Kollisionsrechts schlicht verwischen. Auch die Rechtssicherheit würde bei einer extensiven Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes nicht garantiert. Den Parteien sich selbst zu überlassen, um später durch die nationalen Gerichte überprüfen zu lassen, ob eine „solidarische Gemeinschaft" besteht, vermag nicht zu überzeugen. Dies hindert allerdings nicht, in Extremfällen diesem Grundsatz tatsächlich zur Anwendung zu verhelfen.

c) Verbot des Rechtsmissbrauchs / Sittenwidrigkeit

Als allgemeines Rechtsprinzip in den Mitgliedstaaten anerkannt,[210] wird der Grundsatz des Rechtsmissbrauchs auch vom EuGH vielfältig angewendet.[211] Hingegen regelt das Unionsrecht mit wenigen Ausnahmen[212] Fälle des Rechtsmissbrauchs nicht. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist dementsprechend von enormer Bedeutung. Seine Ausgestaltung ist im Grundsatz einzelfallbezogen. Auch für das Europäische Kollisionsrecht ist dieser Grundsatz elementar. Eine Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen am Maßstab des Verbots des Rechtsmissbrauchs muss dahingehend geführt werden, ob eine der Parteien ihre formale Rechtsstellung gegenüber einer anderen, in der gewisse Beschränkungen bestehen, in unzulässiger Weise ausnutzt. Letztlich handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung, ob eine bewusste Täuschung oder unredliches Verhalten vorliegt. Im Ergebnis wird sich

209 Kritisch auch *Fleischer*, Vertragsabschlussbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsrecht, ZEuP 2000, S. 798.

210 *Zimmermann*, Das Rechtsmissbrauchsverbot im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 2002, S. 199.

211 EuGH, Rs. C-367/96, *Kefalas*, Slg. 1998, I-2843, Rdnr. 20; EuGH, Rs. C-373/97, *Diamantis*, Slg. 2000, I-1705, Rdnr. 33; EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rdnr. 136.

212 Vgl. dazu z.B. die Zahlungsverzugsrichtlinie, RL 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. L 200 v. 8.8.2000, S. 35.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dieser Ansatz aber auch nur bei „Extremfällen" sinnvoll umsetzen lassen. Täuschung und unredliches Verhalten legen eine hohe Messlatte zu Grunde. Zur Begründung kann auf den Gedanken des Art. 54 GRCh bzw. Art. 17 EMRK Bezug genommen werden. Soweit hier ein Verbot des Missbrauchs der Rechte ausgesprochen wird, steht das Freiheitsrecht des Betroffenen, welches er grundsätzlich ausüben darf, entgegen. Die Ausübung des Freiheitsrechts muss im Grundsatz trotz möglicherweise benachteiligenden Wirkungen für Dritte hingenommen werden. Nur dort erwächst Rechtsmissbrauch, wo eine gewisse Intensität durch objektive Belege nachgewiesen werden kann. Allerdings wird das aber in den wenigsten Fällen gelingen. Dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Rechtsmissbrauchs kann auch vergleichbar mit §§ 138 und 826 BGB ein Element der Sittenwidrigkeit beigemessen werden. In der Rechtssache *Deka* wird ein solches im Bereich des Beihilfenrechts angedeutet.[213] Dem Sekundärrecht kann eine Kontrolle bezüglich eines Verbots gegen die guten Sitten nicht entnommen werden.[214] Gesagtes reicht nicht, um ein europäisches Verbot der Sittenwidrigkeit zu begründen. Lassen sich zwar Ausprägungen finden, gereicht es den Anforderungen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes jedoch noch nicht.

d) Allgemeiner Grundsatz von Treu und Glauben

In Kontinentaleuropa bekannt,[215] existiert der Grundsatz von Treu und Glauben im Common Law wohl nicht.[216] Auf Ebene des Unionsrechts gibt es seit langem die Diskussion, ob dieser Grundsatz unionsrechtlich verankert ist.[217] Jedenfalls ist der Rechtsbegriff „Treu und Glauben" dem Unionsrecht nicht fremd.[218] Der EuGH wendet den Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur im Bereich der Gemeinschaftstreue, sondern auch in den Bereichen des Privat- und Zivilver-

213 EuGH, Rs. 250/78, *Deka*, Slg. 1983, 421, Rdnrn. 15 bis 18.

214 *Riesenhuber*, (Fn. 114), § 24, Rdnr. 690 f.

215 Vgl. exemplarisch Deutschland: § 242 BGB; Niederlande: Art. 6:2 Burgerlijk Wetboek; Frankreich: Art. 1134 Code Civil; Italien: Art. 1337 Codice Civile.

216 A.A. *Sanz*, in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 127.

217 Vgl. dazu ibid., S. 127 ff.

218 Vgl. Primärrecht: Art. 8 GRCh; Sekundärrecht: Art. 3 Klauselrichtlinie, RL 93/13/EWG des Rates v. 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95 v. 21.4.1993, S. 29; Art. 3 Handelsvertreterrichtlinie, RL 86/653/EWG des Rates v. 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. L 382 v. 31.12.1986, S. 17; Art. 6 Datenschutzrichtlinie, RL 95/46/EG des EP und des Rates v. 24.10.1995 zum Schutze natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 v. 23.11.1995, S. 31.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fahrensrechts an.[219] Allerdings ist fraglich, ob sich hieraus ein eigener europäischer Maßstab von Treu und Glauben entwickelt hat. Zielsetzung ist die Rechtsvereinheitlichung. Eine solche kann es nur geben, wenn Treu und Glauben als autonomer europäischer Rechtsbegriff definiert werden kann. Ansonsten würde es bei den 27 verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten verbleiben. Rechtssicherheit wäre nicht garantiert. Tendenzen zu einem autonomen Begriff lassen sich erkennen. So wird der Ansatz vertreten, Rechtsmissbrauch und die legitimen Erwartungen des Verbrauchers seien Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben.[220] Interessant ist auch die Frage, inwieweit die oben bezeichneten Informationspflichten im Rahmen eines Transparenzgebots unter einen autonomen europäischen Rechtsbegriff von Treu und Glauben fallen.[221] Im Europäischen Vertragsrecht zeigen die Entwürfe der „Lando"-Kommission[222] und der „Acquis"-Gruppe[223] den Willen, dem Grundsatz von Treu und Glauben als Rechtsinstrument Konturen zu verleihen. Jedoch ist gegenwärtig ein autonomer Rechtsbegriff von Treu und Glauben zu verneinen, autonome Determinanten von Treu und Glauben sind momentan nicht existent. Vielmehr hängen diese – derzeit noch – von den Maßstäben der nationalen Rechtsordnungen ab. Als Begründungsansatz dient hier ein Blick auf die bezeichneten Richtlinien, welche Treu und Glauben etablieren. Die Wirkungsweise variiert je nach der Zielsetzung des Gesetzgebers. Eine einheitliche Struktur ist schwerlich ableitbar. Diese Einschätzung teilt auch der EuGH in seiner Entscheidung *Freiburger Kommunalbauten*.[224] Hier verdeutlicht der EuGH seine Einschätzung, dass ein autonomer Rechtsbegriff noch nicht besteht, indem er darlegt, dass die Prüfung einer Vertragsklausel bezüglich Treu und Glauben erhebliche Bedeutung für das nationale Recht habe.

Die Existenz eines autonomen Rechtsbegriffes ist somit – noch – zu verneinen. Die Wirkung des Grundsatzes von Treu und Glauben darf jedoch auch im Europäischen Kollisionsrecht nicht unterschätzt werden. Die vorliegende Abhandlung eignet sich in Art und Umfang nicht für eine vertiefte Untersuchung des Rechtsbegriffs Treu und Glauben. Allerdings, auch beeinflusst durch die deutsche Rechtsordnung, wird hier die Meinung vertreten, dass in naher Zukunft ein entsprechender

219 EuGH, Rs. 82/03, *Kommission/Italien*, Slg. 2004, I-6635; EuGH, Rs. 237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, Slg. 2004, I-3403; EuGH, Rs. C-159/02, *Turner*, Slg. 2004, I-3565.

220 *Heiderhoff*, (Fn. 105), S. 131.

221 So im Europäischen Privatrecht *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 982 f.

222 Bspw. Art. 1:201 und 1:102 PECL, dazu auch *Lando*, Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the principles of European Contract Law?, ERPL 15 (2007), S. 844.

223 Bspw. Art. 2:101 und 2:103 ACQP, vgl. dazu *Schulze*, Die „Acquis-Grundregeln" und der gemeinsame Referenzrahmen, ZEuP 2007, S. 731 ff.

224 EuGH, Rs. 237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, Slg. 2004, I-3403.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

autonomer Rechtsbegriff definiert werden kann. Die deutsche Rechtsgeschichte zeigt, dass auch der deutsche Grundsatz von Treu und Glauben über einen langen Zeitraum mit Leben erfüllt wurde und heute noch wird.[225] Mit der entsprechenden Anzahl von Einzelfallentscheidungen und der Herausbildung von Gruppen, die von Treu und Glauben erfasst werden, stellt dieser Grundsatz eine echte Alternative zur inhaltlichen Ausgestaltung der Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen im Europäischen Kollisionsrecht dar. Als Korrekturelement verwirklicht der Grundsatz von Treu und Glauben nämlich den Ausgleich zwischen den Grundstatuten der Rechtssicherheit und außerrechtlicher sozialer Wertvorstellungen in Form von Einzelfallgerechtigkeit. Er spiegelt somit oben bezeichnetes Leitbild wider.

e) Zwischenfazit

Allgemeine Rechtsgrundsätze eignen sich in ihrer Funktion und Wirkungsweise grundsätzlich, einen Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit zu erzeugen. Die Abhandlung hat gezeigt, dass allgemeine Rechtsgrundsätze zumeist restriktiv zu behandeln sind. Begrüßenswert wäre eine Etablierung des Grundsatzes von Treu und Glauben als allgemeinem Rechtsgrundsatz. Schwächen zeigen sich jedoch ob des hohen Grades der Abstraktheit von allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Ein einheitlicher Regelungsgehalt ist schwer zu bestimmen. Letztlich geht es um Einzelfallentscheidungen, welche im Ergebnis der Praxis obliegen.

Eine Aussagekraft kann sich demnach derzeit nur in beschränkter Form und endgültig nach einer gefestigten Rechtsprechung ergeben. Ein Mittel zur Vorbeugung zu weitgehender Kasuistik der Gerichte hätte der Gesetzgeber natürlich durch eine entsprechende Rahmengesetzgebung. Vergleichbar mit den angesprochenen Richtlinien und dem Art. 8 GRCh könnte ein Grundsatz von Treu und Glauben in den Verordnungen normiert werden. Inhaltliche Vorgaben der Auslegung könnten sich schließlich aus zu formulierenden Erwägungsgründen ergeben. Ein Vorteil ist insoweit die Verdeutlichung einer autonomen Begriffsbestimmung. Ein Grundstein für eine Inhaltskontrolle wäre somit gelegt. Oben wurde auch auf die Beeinflussung der Parteiautonomie durch die Grundfreiheiten hingewiesen. Auf Grund ihrer (reinen) wirtschaftlichen Anknüpfung sind die Grundfreiheiten nicht Prüfungsmaßstab dieses Beitrags gewesen, dennoch sind sie als Korrekturelement stets zu beachten.

225 Vgl. dazu *Looschelders*, in: Staudinger, (Fn. 92), § 242 BGB, Rdnr. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

E. Gesamtwürdigung und Ausblick

Eine Europäische Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen innerhalb der strukturgleichen Verordnungen ROM I bis III orientiert sich unter besonderer Berücksichtigung der Parteiautonomie am Dualismus der Grenzziehung zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit als Ausprägung eines sozialen Schutzgedankens der Verordnungen. Die Ausgestaltung der Inhaltskontrolle kann durch Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze als Bestandteil des unionsrechtlichen *acquis communautaire* erfolgen. Hieraus abgeleitet können beide Ansätze Wirkungskraft allerdings nur im Rahmen eines europäisch-autonomen Standards erlangen. In einer bewertenden Betrachtung muss zuerst der Kern eines sozialen Schutzmoments der Verordnungen selbst hervorgehoben werden, welchen es umzusetzen gilt. Neben Schutzinstrumentarien von Eingriffsnormen, Ausweichklauseln, Binnenmarktklauseln oder spezifischer Regeln – zum Beispiel im Bereich des Verbraucherschutzes – zeigt sich deutlich, dass die Verordnungen fragmentarisch ausgestaltet sind. Die Fragmentierung muss unter der Zielsetzung eines wirkungsvollen und funktionsfähigen Schutzes von Schwächeren geschlossen werden. So werden letztlich Rechtseinheit und Rechtssicherheit gewährleistet. Eine generalisierend ausgestaltete Inhaltskontrolle stellt hierfür ein probates Mittel dar, für welches die Verordnungen zugänglich sind.

Komplex und gleichzeitig diffus stellt sich die inhaltliche Ausgestaltung der Inhaltskontrolle durch Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze dar. Je nach Blickwinkel des Betrachters kann die inhaltliche Ausgestaltung als Notventil oder Superrevisionsregel oder aber auch als leere Worthülse mit der Folge blanker Willkür und Rechtszerrüttung begriffen werden. Sicherlich unbestreitbar ist eine gewisse Abstraktheit bzw. Vagheit nicht nur hinsichtlich der Grundrechte und allgemeinen Rechtsgrundsätze selbst, sondern auch bezüglich des Begriffs der Einzelfallgerechtigkeit, welcher durch das Instrument verwirklicht werden soll. Solange die Verordnungen fragmentarisch ausgestaltet sind, wird die Auflösung durch die Heuristik der Rechtsprechung zu erfolgen haben. Jedenfalls kann Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit in ROM I bis III zum Ausgleich gebracht werden.

Im Sinne von „*ius est ars boni et aequi*" überrascht es doch, dass ROM I bis III nicht mit einer entsprechend geschriebenen Inhaltskontrollklausel versehen wurden. Dass das Recht dem Bemühen folgt, auch in geschriebener Form einen Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit zu erzeugen, zeigt sich im Rechtsvergleich in vielfältiger Weise. Neben den zitierten Richtlinien, denen das Instrument einer Inhaltskontrolle inhärent ist, soll hier zum Beispiel im Bereich von Gerichtsstandsvereinbarungen über die Grenzen der Union hinaus auf Art. 5 Abs. 2 Schweizer-IPR und eine Rechtsprechung des Amerikanischen Supreme Court[226]

226 Urteil des U.S. Supreme Court v. 12.6.1972, *The Bremen vs. Zapata off-shore Co.*

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verwiesen werden. Artikel 5 Abs. 2 Schweizer-IPR statuiert einen sozialen Schutzanspruch durch eine Missbrauchskontrolle. Das Urteil des Supreme Courts normiert eine „*black letter rule*" dahingehend, dass Vereinbarungen dem Maßstab von „*fair and right*" genügen müssen. Soziale Schutzgedanken werden also vielfältig in Normen gegossen, denen eine Notbremsefunktion zu Teil wird. Eine Niederschrift in ROM I bis III würde jedenfalls einer zu weitreichenden Kasuistik der Rechtsprechung durch Rahmenvorgabe vorbeugen und letztlich der Rechtssicherheit zuträglich sein. Gleichsam würden zwingende Wertentscheidungen zum Ausgleich von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit implementiert.

Als Quintessenz dieses Beitrags wird dem Europäischen Gesetzgeber folgende Normierung in Anlehnung an die Klauselrichtlinie für die Verordnungen ROM I bis III vorgeschlagen:

Artikel X: Inhaltskontrolle von Rechtswahlvereinbarungen

(1) Eine Rechtswahlvereinbarung ist als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des schwächeren Vertragspartners auf Grund eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses der Vertragsparität abgeschlossen wurde.

(2) An die Stelle einer unwirksamen Rechtswahlvereinbarung tritt die objektive Anknüpfung.

(3) Sonstige Vertragsabsprachen bleiben von der Inhaltskontrolle unberührt.

Grundrechtliche Gewährleistungen sind im Grundsatz von Treu und Glauben verankert. Eine besondere Bezugnahme bedarf es dementsprechend nicht. Die Formulierung „erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses" bringt mit obigen Ergebnissen zum Ausdruck, dass nicht jede Benachteiligung zu einer Unwirksamkeit gereichen kann und auch Rechte des Begünstigten zu wahren sind. Absatz 2 verdeutlicht, dass Rechtssicherheit „am Ende des Tages" durch die objektive Anknüpfung gewährleistet wird. Klarstellend weist Absatz 3 darauf hin, dass eine kollisionsrechtliche Inhaltskontrolle keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Sachrechts hat. „*Ius est ars boni et aequi*" – im Ergebnis wäre dieses Ausfluss des sozialen Schutzgedankens der Verordnungen selbst. Rechtsicherheit und Einzelfallgerechtigkeit wären somit in Einklang zu bringen.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2011-1-35 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY