



KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

Brüssel, den 14.1.2003
KOM(2002) 654 endgültig

GRÜNBUCH

über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung

(von der Kommission vorgelegt)

INHALTSVERZEICHNIS

Zusammenfassung der Fragen.....	7
1.1. Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.....	10
1.2. Die Bedeutung des internationalen Privatrechts für die Verwirklichung eines gemeinsamen Rechtsraums	10
1.3. Drei komplementäre Instrumente: das Übereinkommen von Rom, die "Brüssel I"- Verordnung und das künftige "Rom II"-Instrument	11
1.4. Zweck der auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbaren Kollisionsnormen	12
1.5. Kurzer Überblick über die Bestimmungen des Übereinkommens von Rom.....	13
1.6. Verhältnis zum Vorhaben „Europäisches Vertragsrecht“	14
1.7. Bereits unternommene Initiativen	15
2. ZWECKMÄSSIGKEIT DER UMWANDLUNG DES ÜBEREINKOMMENS VON ROM VON 1980 IN EIN GEMEINSCHAFTSINSTRUMENT	16
2.1. Artikel 65 des Amsterdamer Vertrages als neue Rechtsgrundlage - erleichterte Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinschaft auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts.....	16
2.2. Kohärenz des von der Gemeinschaft auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts gesetzten Rechts	17
2.3. Die Auslegung des Übereinkommens durch den Gerichtshof.....	18
2.4. Die Anwendung der vereinheitlichten Kollisionsnormen in den neuen Mitgliedstaaten.....	19
2.5. Art des anzunehmenden Rechtsakts: Verordnung oder Richtlinie?.....	19
3. SOLLTE DAS ÜBEREINKOMMENS VON ROM VON 1980 MODERNISIERT WERDEN ?.....	19
3.1. Allgemeine Ausgewogenheit des Übereinkommens	20
3.1.1. Verhältnis der allgemeinen Kollisionsnormen des Übereinkommens von Rom zu den Regeln in sektoriellen Rechtsakten, die sich auf das Kollisionsrecht auswirken	20
3.1.1.1. Vielzahl von sektoriellen Rechtsinstrumenten, die sich auf das Kollisionsrecht auswirken	20
3.1.1.2. Mögliche Lösungen.....	22
3.1.2. Aufnahme einer Klausel, die bei Belegenheit aller oder bestimmter Vertrags Elemente innerhalb der Gemeinschaft die Einhaltung eines gemeinschaftlichen Mindeststandards gewährleistet	22
3.1.2.1. Gefahr der Nichtanwendung des Gemeinschaftsrechts trotz Belegenheit aller Elemente innerhalb der Europäischen Union.....	22
3.1.2.2. Mögliche Lösungen.....	23

3.1.3.	Verhältnis zu den einschlägigen internationalen Übereinkommen.....	24
3.2.	Probleme mit der Anwendung einzelner Bestimmungen des Übereinkommens.....	25
3.2.1.	Anwendungsbereich des Übereinkommens - Ausschluss von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen (Artikel 1 Absatz 2 d)	25
3.2.2.	Für Versicherungsverträge geltende Regeln (Artikel 1 Absatz 3).....	25
3.2.2.1.	Gegenwärtige Situation.....	25
3.2.2.2.	Probleme im Zusammenhang mit der gegenwärtigen Situation	26
3.2.2.3.	Mögliche Lösungen.....	26
3.2.3.	Parteiautonomie (Artikel 3 Absatz 1) - Wahl nichtstaatlicher Regelungen.....	27
3.2.4.	Parteiautonomie – Definition der stillschweigenden Rechtswahl (Artikel 3 Absatz 1).....	28
3.2.4.1.	Gesetzgeberische Intention	28
3.2.4.2.	Probleme mit der Anwendung von Artikel 3	29
3.2.4.3.	Mögliche Lösungen.....	29
3.2.5.	Wie verbindlich ist die allgemeine Vermutung des Artikels 4 Absatz 2?	30
3.2.5.1.	Gegenwärtige Situation	30
3.2.5.2.	Aufgetretene Schwierigkeiten	30
3.2.5.3.	Mögliche Lösungen.....	30
3.2.6.	Anwendung der speziell für Rechte an Grundstücken geltenden Vermutung auf Ferienmietverträge (Artikel 4 Absatz 3)	32
3.2.6.1.	Derzeitige Lösung	32
3.2.6.2.	Probleme mit der Anwendung dieses Artikels.....	32
3.2.6.3.	Mögliche Lösung.....	33
3.2.7.	Verbraucherschutz (Artikel 5).....	33
3.2.7.1.	Kurzer Überblick über Inhalt und Anwendungsbereich der Schutzvorschriften des Artikels 5.....	33
3.2.7.2.	Aufgetretene Schwierigkeiten	34
3.2.7.3.	Mögliche Lösungen.....	36
3.2.8.	Fragen bezüglich der Definition des Begriffs der „zwingenden Bestimmungen“ bzw. „zwingenden Vorschriften“	39
3.2.8.1.	Der Begriff „zwingende Bestimmungen“ bzw. „zwingende Vorschriften“ deckt unterschiedliche Konzepte ab	39
3.2.8.2.	Aufgetretene Schwierigkeiten	40
3.2.8.3.	Mögliche Lösungen.....	41

3.2.9. Unsicherheiten bezüglich der Auslegung des Begriffs der „vorübergehenden Entsendung“ von Arbeitnehmern (Artikel 6).....	41
3.2.9.1. Auf Arbeitsverträge anwendbares Recht.....	41
3.2.9.2. Aufgetretene Schwierigkeiten.....	42
3.2.9.3. Mögliche Lösungen.....	44
3.2.10. Weitere Fragen zu Artikel 6.....	45
3.2.11. Anwendung ausländischer Eingriffsnormen (Artikel 7 Absatz 1).....	45
3.2.12. Anwendbares Recht an die Vertragsform (Artikel 9).....	46
3.2.12.1. Gegenwärtige Lösung.....	46
3.2.12.2. Aufgetretene Schwierigkeiten.....	46
3.2.12.3. Mögliche Lösungen.....	46
3.2.13. Für die Frage, ob eine Forderungsübertragung Dritten entgegengehalten werden kann, maßgebliches Recht (Artikel 12).....	47
3.2.13.1. Gegenwärtige Lösung.....	47
3.2.13.2. Aufgetretene Schwierigkeiten.....	48
3.2.13.3. Mögliche Lösungen.....	48
3.2.14. Jeweiliger Anwendungsbereich von Artikel 12 und 13 über die Forderungsabtretung bzw. den Forderungsübergang.....	49
3.2.14.1. Der Forderungsübergang (Subrogation) im Übereinkommen von Rom.....	49
3.2.14.2. Aufgetretene Schwierigkeiten.....	50
3.2.14.3. Mögliche Lösungen.....	50
3.2.15. Fehlen einer Kollisionsnorm über die gesetzliche Aufrechnung.....	50
3.2.15.1. Die gesetzliche Aufrechnung.....	50
3.2.15.2. Aufgetretene Schwierigkeiten.....	51
3.2.15.3. Mögliche Lösungen.....	51
 Anhang 1.....	 52
 Anhang 2.....	 55

GRÜNBUCH

über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung

Mit dem vorliegenden Grünbuch soll eine breite Anhörung interessierter Kreise über eine Reihe von rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (nachfolgend: „Übereinkommen von Rom“ oder „Übereinkommen“) in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über eine eventuelle inhaltliche Anpassung in die Wege geleitet werden.

In diesem Grünbuch wird der allgemeine Hintergrund der Diskussion erläutert, und es werden mehrere in Frage kommende Optionen vorgestellt.

Die Kommission fordert alle Interessierten auf, die in diesem Grünbuch erörterten und auf Seite 3 zusammengefassten Fragen zu beantworten und ihr die eingehend begründeten Antworten zukommen zu lassen. Der Fragenkatalog ist natürlich nicht erschöpfend, und darüber hinausgehende Kommentare sind willkommen. Außerdem wird darum gebeten, der Kommission bei jeder Frage soweit möglich mitzuteilen, wie sich die verschiedenen vorgestellten Optionen auswirken würden auf:

- i.. die wirtschaftliche Situation von Unternehmen im Allgemeinen
- ii. kleine und mittelständische Unternehmen im Besonderen
- iii. die Beziehungen zwischen Unternehmen und Verbrauchern bzw. Arbeitnehmern.

Die Kommission wird die ihr zugehenden Stellungnahmen bei der Ausarbeitung etwaiger Vorschläge für einen diesbezüglichen Gemeinschaftsrechtsakt berücksichtigen.

Es sei darauf hingewiesen, dass die Kommission weder zu der Notwendigkeit einer Modernisierung des Übereinkommens von Rom noch zu dessen Umwandlung in ein Gemeinschaftsinstrument Stellung bezogen hat.

Auf das Verhältnis zwischen einem eventuellen Rechtsinstrument, in das das Übereinkommen von Rom Eingang finden würde, und den Binnenmarkt-Vorschriften wird im vorliegenden Grünbuch nicht eingegangen. Für die Kommission besteht allerdings kein Zweifel daran, dass die im EG-Vertrag und anderen sekundärrechtlichen Regelungen enthaltenen Grundprinzipien des Binnenmarkts durch dieses Rechtsinstrument nicht angetastet werden.

Interessierte Personen werden gebeten, ihre Antworten und Bemerkungen bis spätestens 15. September 2003 an folgende Anschrift zu senden:

Europäische Kommission
Generaldirektion Justiz und Inneres
Referat A3 - Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen
B-1049 Brüssel
Fax: (+32-2) 299 64 57
E-Mail: jai-coop-jud-civil@cec.eu.int

Es wird gebeten, die Beiträge nur einmal zu übermitteln, d. h. per E-Mail, per Fax **oder** per Post. Soweit der Absender dies nicht ausdrücklich ausschließt, können die Antworten und Kommentare auf der Internetseite der Kommission veröffentlicht werden.

Die Kommission plant, im letzten Quartal 2003 eine öffentliche Anhörung zu diesem Thema zu veranstalten.

ZUSAMMENFASSUNG DER FRAGEN

- Frage 1:** Liegen Ihnen Informationen darüber vor, inwieweit das Übereinkommen von Rom von 1980 und seine Bestimmungen den Wirtschaftsteilnehmern und Angehörigen der Rechtsberufe einschließlich den Richtern tatsächlich bekannt sind? Wissen die Wirtschaftsteilnehmer, dass sie das auf ihren Vertrag anwendbare Recht frei wählen können? Falls das Übereinkommen von Rom Ihrer Ansicht nach den Wirtschaftsteilnehmern nicht hinreichend bekannt ist, hat dies negative Folgen für Vertragsverhandlungen oder Gerichtsverfahren?
- Frage 2:** Halten Sie es für zweckmäßig, das Übereinkommen von Rom von 1980 in ein Gemeinschaftsinstrument umzuwandeln? Was spricht Ihrer Ansicht nach dafür bzw. dagegen?
- Frage 3:** Sind Ihnen Schwierigkeiten bekannt, die auf die Vielzahl der Kollisionsnormen bzw. auf ihre Aufteilung auf mehrere horizontale und sektorbezogene Rechtsakte des abgeleiteten Rechts zurückzuführen sind? Falls ja, welche Lösung würden Sie empfehlen, um diese Schwierigkeiten zu beheben?
- Frage 4:** Halten Sie im Falle des Erlasses eines Gemeinschaftsinstruments "Rom I" eine allgemeine Klausel für wünschenswert, wonach ein gemeinschaftsrechtlicher Mindeststandard garantiert wird, wenn alle oder besonders wichtige Vertragselemente in der Gemeinschaft belegen sind? Würde der unter 3.1.2.2 vorgeschlagene Wortlaut diesen Zweck erfüllen?
- Frage 5:** Haben Sie etwas zu den Ausführungen über das Verhältnis des künftigen „Rom I“-Instruments zu den bestehenden internationalen Übereinkommen anzumerken?
- Frage 6:** Halten Sie auf Schieds- und Gerichtsstandsklauseln anwendbare Kollisionsnormen für zweckmäßig?
- Frage 7:** Wie beurteilen Sie die derzeit für Versicherungsverträge geltenden Regelungen? Halten Sie die rechtliche Behandlung der beiden Fallgestaltungen (a) und (c) für zufriedenstellend? Welche Lösung würden Sie zur Behebung eventueller Probleme empfehlen?
- Frage 8:** Sollten sich die Vertragsparteien Ihrer Ansicht nach unmittelbar für die Anwendung eines internationalen Übereinkommens oder sogar allgemeiner Rechtsgrundsätze entscheiden dürfen? Was spricht Ihrer Meinung nach für bzw. gegen eine solche Lösung?
- Frage 9:** Sollte das künftige „Rom-I“-Instrument Ihrer Ansicht nach eine genauere Definition der stillschweigenden Rechtswahl enthalten oder wird durch die Zuständigkeitsübertragung an den Gerichtshof eine hinreichende Rechtssicherheit gewährleistet?

- Frage 10:** Sollte der Wortlaut von Artikel 4 Ihrer Meinung nach dahingehend präzisiert werden, dass die Gerichte zunächst von der Vermutung des Absatzes 2 auszugehen haben und von der Anwendung des auf diese Weise ermittelten Rechts nur absehen dürfen, wenn dieses im betreffenden Fall offensichtlich ungeeignet ist? Wenn ja, welchen Wortlaut würden Sie vorschlagen?
- Frage 11:** Halten Sie es für zweckmäßig, eine Klausel für kurzfristige Mietverträge für Ferienunterkünfte aufzunehmen (nach dem Vorbild von Artikel 22 Nr. 1 Absatz 2 der „Brüssel-I“-Verordnung), oder reicht die jetzige Regelung aus?
- Frage 12:** Beurteilung der Verbraucherschutzvorschriften
- A.** Wie beurteilen Sie die derzeitigen Verbraucherschutzvorschriften? Halten Sie sie insbesondere mit Blick auf die Entwicklung des E-Commerce noch für angemessen?
 - B.** Liegen Ihnen Informationen vor über die Auswirkungen der derzeitigen Regelung auf a) Unternehmen im Allgemeinen, b) kleine und mittelständische Unternehmen und c) Verbraucher?
 - C.** Welcher der vorgeschlagenen Lösungen geben Sie den Vorzug und warum? Kämen weitere Lösungen in Frage?
 - D.** Welche Auswirkungen hätten die verschiedenen in Frage kommenden Lösungen für a) Unternehmen im Allgemeinen, b) kleine und mittelständische Unternehmen und c) Verbraucher?
- Frage 13:** Sollte die Bedeutung des Begriffs „zwingende Bestimmungen“ bzw. „zwingende Vorschriften“ in Artikel 3, 5, 6 und 9 bzw. in Artikel 7 präzisiert werden?
- Frage 14:** Sollte in Artikel 6 eine genauere Definition des Begriffs der „vorübergehenden Entsendung“ gegeben werden? Wenn ja, welche?
- Frage 15:** Sollte Artikel 6 Ihrer Ansicht nach noch anderweitig geändert werden?
- Frage 16:** Halten Sie eine Regelung für ausländische Eingriffsnormen für notwendig? Sollten die Anwendungsvoraussetzungen derartiger ausländischer Vorschriften genauer geregelt werden?
- Frage 17:** Sollten die Kollisionsnormen, die für die Form von Verträgen gelten, modernisiert werden?
- Frage 18:** Halten Sie es für zweckmäßig, in einem künftigen Rechtsinstrument festzulegen, welches Recht für die Frage maßgeblich ist, ob die Abtretung einer Forderung Dritten entgegengehalten werden kann? Wenn ja, welche Kollisionsnorm würden Sie vorschlagen?
- Frage 19:** Wäre es zweckmäßig, den jeweiligen Anwendungsbereich der Artikel 12 und 13 zu präzisieren? Sollte Ihrer Meinung nach eine Kollisionsnorm für

die freiwillige Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit ohne entsprechende Verpflichtung vorgesehen werden?

Frage 20: Sollte das für die gesetzliche Aufrechnung maßgebliche Recht präzisiert werden? Wenn ja, welche Kollisionsnorm würden Sie vorschlagen?

Einleitung

1.1. Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

Mit der Ausweitung der Handelsbeziehungen und der zunehmenden europa- und weltweiten Mobilität wächst auch für Personen und Unternehmen mit Wohn- bzw. Geschäftssitz in einem Mitgliedstaat das Risiko, in einen Rechtsstreit verwickelt zu werden, der in mancherlei Hinsicht über die Grenzen des Aufenthalts- bzw. Sitzstaats hinausreicht. Ein Beispiel wäre das eines griechischen Verbrauchers, der über den Versandhandel (sei es per Katalog oder via Internet) in Deutschland ein elektronisches Gerät bestellt, das sich als mangelhaft erweist, und nun gerichtlich gegen den Hersteller vorgehen will, weil dieser eine Mängelbeseitigung ablehnt, oder der Fall eines deutschen Unternehmers, der seinen englischen Geschäftspartner wegen Nichterfüllung seiner vertraglichen Pflichten verklagen will.

Die Vertragspartner sehen wegen der Unvereinbarkeit oder der Komplexität der nationalen Rechtsordnungen und Verwaltungssysteme häufig davon ab, ihre Rechte im Ausland geltend zu machen. Dies gilt in besonderem Maße für Verbraucher und KMU, die es sich im Allgemeinen finanziell nicht leisten können, die Dienste einer internationalen Kanzlei in Anspruch zu nehmen.

Voraussetzung für einen wirklichen Binnenmarkt mit freiem Personen-, Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr in der Europäischen Union ist jedoch auch ein gemeinsamer Rechtsraum, in dem jeder Bürger seine Rechte in einem anderen Mitgliedstaat ebenso gut wie im Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts geltend machen kann.

Daher hat der Europäische Rat auf seiner Tagung vom 15./16. Oktober 1999 in Tampere¹ drei Aktionsschwerpunkte für die Schaffung eines solchen Rechtsraums festgelegt. Einer davon ist die verbesserte gegenseitige Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen.

Der Harmonisierung der Regeln des internationalen Privatrechts kommt bei der Verwirklichung dieses Ziels eine zentrale Bedeutung zu.

1.2. Die Bedeutung des internationalen Privatrechts für die Verwirklichung eines gemeinsamen Rechtsraums

Das internationale Privatrecht² beinhaltet Regelungen, die die Beilegung von internationalen Streitigkeiten erleichtern sollen. Es befasst sich mit drei Themenkomplexen:

- Welcher Staat ist für den Rechtsstreit gerichtlich zuständig? Bei dieser Frage geht es um die Bestimmung der "internationalen Zuständigkeit der Gerichte" und um "Zuständigkeitskonflikte".
- Welches nationale materielle Recht hat das angerufene Gericht auf den Rechtsstreit anzuwenden? Bei diesem Problem des anwendbaren Rechts geht es um so genannte "Gesetzeskonflikte" bzw. die "Kollision der Rechtsordnungen".

¹ Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 16.10.1999, Rdnrn. 28 bis 39.

² Der Ausdruck "Internationales Privatrecht" hat nicht in allen Mitgliedstaaten dieselbe Bedeutung. Im deutschen und portugiesischen Recht beispielsweise werden darunter nur Kollisionsnormen verstanden, während in anderen Rechtssystemen auch Regeln für die internationale gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung ausländischer Urteile dazugehören. In diesem Grünbuch wird der Ausdruck in seiner weiten Bedeutung verwendet.

- Kann die Entscheidung des Gerichts, das sich für zuständig erklärt hat, in einem anderen Mitgliedstaat anerkannt und gegebenenfalls vollstreckt werden? Diese Frage, bei der man von der "Wirkung ausländischer Urteile" bzw. der "gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen" spricht, ist vor allem dann von Bedeutung, wenn die im Rechtsstreit unterlegene Partei im Urteilsstaat kein Vermögen hat.

Wenn es konkret darum geht, im Rahmen eines internationalen Rechtsstreits rechtliche Schritte einzuleiten, ist zunächst das international zuständige Gericht zu bestimmen. Ist diese Frage geklärt, stellt das angerufene Gericht fest, welches Recht es auf den Rechtsstreit anzuwenden hat. Die Frage der Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen im Ausland stellt sich erst, wenn das Urteil dieses Gerichts vorliegt.

In der Regel beantwortet jeder Mitgliedstaat diese Fragen nach Maßgabe seines eigenen internationalen Privatrechts. Dies hat jedoch den Nachteil fehlender Einheitlichkeit und mangelnder Rechtssicherheit und bringt zudem die Gefahr mit sich, dass eine oder beide Parteien versuchen, sich die Tatsache zunutze zu machen, dass ihr Rechtsstreit Berührungspunkte mit unterschiedlichen Rechtsordnungen aufweist, um sich auf diese Weise der Anwendung des normalerweise anwendbaren Rechts zu entziehen. Um auf das Beispiel des griechischen Verbrauchers und des deutschen Händlers zurückzukommen: Der zwischen ihnen geschlossene Kaufvertrag könnte eine Klausel enthalten, wonach das Recht eines Staates anwendbar sein soll, das keinerlei Verbraucherschutzvorschriften kennt. Wäre eine solche Vereinbarung wirksam, würde dem Verbraucher in empörender Weise sowohl der vom deutschen als auch der vom griechischem Recht bereitgestellte Schutz vorenthalten.

Um solche Nachteile und Praktiken zu unterbinden, haben die Mitgliedstaaten daher beschlossen, die Bestimmungen ihres internationalen Privatrechts zu harmonisieren. Bislang ging es hierbei vor allem um die vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse des Zivil- und Handelsrechts.

1.3. Drei komplementäre Instrumente: das Übereinkommen von Rom, die "Brüssel I"-Verordnung und das künftige "Rom II"-Instrument

Um die Zielsetzung des Übereinkommens von Rom zu verstehen, muss man sich zunächst mit dessen Vorläufer, dem Brüsseler Übereinkommen von 1968 (EuGVÜ) auseinandersetzen (an dessen Stelle am 1. März 2002 außer für Dänemark die so genannte "Brüssel I"-Verordnung getreten ist).³ Ausschlaggebend für die Ausarbeitung des Brüsseler Übereinkommens war die bereits in den EG-Vertrag eingeflossene Erkenntnis, dass es einen gemeinsamen Markt nur dann geben kann, wenn in einem Mitgliedstaat erlassene Gerichtsentscheidungen ohne weiteres in jedem anderen Mitgliedstaaten anerkannt und vollstreckt werden können. Um die Verwirklichung dieses Ziels zu erleichtern, enthält das Brüsseler Übereinkommen Regelungen darüber, welche mitgliedstaatlichen Gerichte in einem bestimmten Fall zuständig sind.⁴

³ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen; diese Verordnung trat an die Stelle des Brüsseler Übereinkommens von 1968, dessen konsolidierte Fassung im ABl. C 27 vom 26.1.1998, S. 1 bis 18, veröffentlicht worden ist. Das Brüsseler Übereinkommen von 1968 gilt noch im Verhältnis zwischen Dänemark und den übrigen Mitgliedstaaten.

⁴ Die im Übereinkommen von 1968 und in der "Brüssel I"-Verordnung enthaltenen Zuständigkeitsvorschriften sind zwar eigentlich nicht Thema dieses Grünbuchs, doch wird bei der

Die Regelung der internationalen Zuständigkeit der Gerichte genügt für sich genommen aber noch nicht, um das Zufallsmoment bei der eigentlichen Entscheidung eines Rechtsstreits auszuschließen. Sowohl das Brüsseler Übereinkommen als auch die an seine Stelle getretene Verordnung sehen nämlich mehrere Alternativen vor, die dem Kläger letztendlich die Wahl zwischen mehreren Gerichten lassen. Daher besteht die Gefahr, dass eine Partei sich einzig und allein deswegen für die Gerichtsbarkeit eines bestimmten Mitgliedstaats entscheidet, weil dessen materielles Recht im betreffenden Fall für sie günstiger ist. Diese Praxis bezeichnet man als "forum shopping". Das Übereinkommen von Rom gewährleistet durch die Vereinheitlichung der Kollisionsnormen der Mitgliedstaaten, dass die Lösung des Rechtsstreits in der Sache unabhängig vom angerufenen Gericht gleich bleibt, und verringert damit die Gefahr des forum shopping innerhalb der Europäischen Union.

Hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs unterscheiden sich das Brüsseler Übereinkommen und das Übereinkommen von Rom jedoch in einem wichtigen Punkt: Während ersteres sowohl vertragliche als auch deliktische Schuldverhältnisse abdeckt, ist letzteres nur auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbar. Sollte ein "Rom II"-Instrument über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht⁵ zustande kommen, wird dieses Instrument die natürliche Fortsetzung der Bemühungen um eine Vereinheitlichung der Bestimmungen des internationalen Privatrechts auf dem Gebiet der vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse des Zivil- und Handelsrechts auf Gemeinschaftsebene sein.

Bevor auf die Kollisionsnormen des Übereinkommens von Rom eingegangen wird, sollen zunächst die damit verfolgten Ziele kurz skizziert werden.

1.4. Zweck der auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbaren Kollisionsnormen

Bei der Festsetzung von Kollisionsnormen hat der Gesetzgeber jeweils mehrere Möglichkeiten. Um seine diesbezüglichen Entscheidungen nachvollziehen zu können, muss man sich zunächst die beiden im internationalen Privatrecht geltenden Grundsätze der engsten Verbindung und der Parteiautonomie vergegenwärtigen.

Dem Grundsatz der engsten Verbindung zufolge werden Sachverhalte in der Regel der Rechtsordnung unterstellt, zu der sie die engste Beziehung aufweisen. Dieser Grundsatz leuchtet hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit besonders ein, etwa, wenn es wegen eines Grundstücks oder eines Verkehrsunfalls zum Rechtsstreit kommt. Das Gericht des Belegenheitsortes des Grundstücks bzw. des Unfallorts ist im Allgemeinen am besten in der Lage, den Sachverhalt zu ermitteln und Beweise zu erheben. Dem Grundsatz der Parteiautonomie zufolge dürfen die Vertragsparteien das auf ihr Vertragsverhältnis anwendbare Recht selbst wählen, eine Lösung, die im oben aufgeführten Beispiel (dem Vertrag zwischen einem deutschen und einem englischen Unternehmen) nahe liegend ist. Dieser Grundsatz ist bei vertraglichen Beziehungen vorherrschend und im positiven Recht nahezu aller Staaten anerkannt.

Erörterung der verschiedenen Kollisionsnormen auf einige dieser Vorschriften Bezug genommen (Ziff. 3).

⁵ Am 3. Mai 2002 hat die Kommission eine umfassende Anhörung zu einem Vorentwurf für eine Verordnung des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht eingeleitet, um die interessierten Kreise um ihre Meinung zu bitten. Der Text dieses Vorentwurfs kann im Internet eingesehen werden unter: http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil_de.htm.

In den letzten zwanzig Jahren hat sich daneben aber ein weiterer Grundsatz zunehmend durchgesetzt, nämlich der Schutz der schwächeren Partei. Im obigen Beispiel des griechischen Verbrauchers und des deutschen Lieferanten besteht zwischen beiden Vertragspartnern ein Kräfteungleichgewicht. Würde der Grundsatz der Vertragsautonomie uneingeschränkt gelten, so bestünde die Gefahr, dass der Verbraucher eine für ihn ungünstige Rechtswahl durch seinen Vertragspartner hinnehmen und damit auf den Schutz verzichten müsste, den er beim Kauf von Konsumgütern billigerweise erwarten darf. Dieselben Überlegungen gelten auch im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Beide Grundsätze haben Eingang in das Übereinkommen von Rom aus dem Jahr 1980 gefunden.

1.5. Kurzer Überblick über die Bestimmungen des Übereinkommens von Rom

Die Einheitsvorschriften des Übereinkommens von Rom sind "auf vertragliche Schuldverhältnisse bei Sachverhalten, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen",⁶ anzuwenden. Dabei kann es sich zum Beispiel um Sachverhalte handeln, die nicht in allen Teilen mit nur einer Rechtsordnung in Zusammenhang stehen, etwa, weil die Vertragspartner Angehörige unterschiedlicher Staaten sind oder in unterschiedlichen Staaten leben, oder weil der Vertragsschluss bzw. die Vertragserfüllung entweder in unterschiedlichen Staaten oder in einem anderen Staat als dem des angerufenen Gerichts erfolgt ist.

Das Übereinkommen von Rom hat universellen Charakter⁷, d. h., die darin festgesetzten Kollisionsnormen können zur Anwendung des Rechts eines nicht der Europäischen Union angehörenden Staates führen.

Darüber hinaus werden folgende Sachverhalte ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgenommen: Personenstand sowie Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit von natürlichen Personen; vermögensrechtliche Aspekte des Familienrechts wie z. B. vertragliche Schuldverhältnisse, welche Testamente, das Erbrecht, die ehelichen Güterstände sowie Unterhaltsverpflichtungen betreffen; Verpflichtungen aus handelsfähigen Wertpapieren (Wechseln, Schecks, Eigenwechseln); das Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der juristischen Personen; Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen; "Trusts"; Beweis- und Verfahrensfragen⁸.

Ein Eckpfeiler des Systems ist der Grundsatz der Parteiautonomie (Artikel 3), wonach den Parteien die Wahl des auf ihren Vertrag anwendbaren Rechts eingeräumt wird: Sie können sich für ein beliebiges Recht entscheiden, selbst wenn es keinerlei objektive Verbindung zum Vertrag aufweist. Sie können ihre Rechtswahl auch noch nach Vertragsschluss treffen und sie jederzeit ändern – in manchen Mitgliedstaaten selbst dann noch, wenn bereits ein Verfahren anhängig ist. In formaler Hinsicht muss die Rechtswahl „ausdrücklich sein oder sich mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben“, etwa durch Aufnahme einer ausdrücklichen Klausel in den Vertrag oder aufgrund von anderen mit dem Vertrag zusammenhängenden Anhaltspunkten, wobei das Übereinkommen es den Gerichten überlässt, das Vorliegen einer stillschweigenden oder ausdrückliche Rechtswahl zu prüfen.

⁶ Artikel 1.

⁷ Artikel 2.

⁸ Vorbehaltlich des Artikels 14 des Übereinkommens.

Mangels Rechtswahl durch die Parteien geht das Übereinkommen vom Grundsatz aus, wonach der Vertrag in diesen Fällen dem Recht des Staates unterliegt, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist (Artikel 4). Hierbei wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die „*charakteristische Leistung*“ zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die „*charakteristische Leistung*“ ist diejenige Leistung, die für einen bestimmten Vertrag typisch ist (so erbringt zum Beispiel bei einem Kaufvertrag der Verkäufer, der die Kaufsache zu übereignen hat, und bei einem Beförderungsvertrag der Frachtführer als derjenige, der eine Dienstleistung schuldet, die charakteristische Leistung); die Verpflichtung zur Zahlung eines Geldbetrags stellt somit außer in Ausnahmefällen keine charakteristische Leistung im Sinne des Artikels 4 dar. Das Übereinkommen nennt anschließend weitere, für dingliche Rechte und Güterbeförderungsverträge geltende Vermutungen. Die Gerichte sind an diese Vermutungen jedoch nicht gebunden, „*wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist.*“

Unter bestimmten Voraussetzungen enthält auch das Übereinkommen von Rom, wie schon das Brüsseler Übereinkommen, besondere Vorschriften zugunsten so genannter „schwächerer Parteien“ (Verbraucher oder Arbeitnehmer, Artikel 5 und 6). Die Rechtswahl durch die Parteien darf nicht dazu führen, dass einem Verbraucher oder Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, den die zwingenden Bestimmungen der regelmäßig anwendbaren Rechtsordnung, wie sie sich mangels Rechtswahl aus den allgemeinen Vorschriften des Übereinkommens ergibt, für ihn vorsehen. Wird keine Rechtswahl getroffen, ist bei Verbraucherverträgen das Recht des Staates maßgebend, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Bei Arbeitsverträgen ist es das Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, bzw. mangels eines solchen Ortes der Beschäftigung das Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat.

Das Übereinkommen enthält besondere Vorschriften für bestimmte Sachverhalte (wie insbesondere die Forderungsübertragung und den gesetzlichen Forderungsübergang). Dem auf den Vertrag anzuwendendem Recht wird ein weiterer Anwendungsbereich zugestanden, denn es ist sowohl für die Vertragsauslegung wie auch für seine Erfüllung bzw. Nichterfüllung, das Erlöschen der Verpflichtungen und die Nichtigkeit des Vertrags maßgebend.

1.6. Verhältnis zum Vorhaben „Europäisches Vertragsrecht“

Teilweise wird heute danach gefragt, wie sich das „Rom I“-Vorhaben zu dem unter der Bezeichnung „Europäisches Vertragsrecht“⁹ bekannten Vorhaben verhält.

Die Mitteilung der Kommission zum europäischen Vertragsrecht vom 2. Juli 2001 hatte zum Ziel, die Diskussion über die Harmonisierung des materiellen Vertragsrechts¹⁰ auf europäischer Ebene auszuweiten und dabei auch die Notwendigkeit einer Kurskorrektur auf dem Gebiet des materiellen Vertragsrechts zu erörtern. In ihrer Mitteilung stellte die Kommission insbesondere die Frage nach der Kohärenz des *acquis communautaire* im

⁹ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht (ABl. C 255 vom 13.09.2001 S. 1).

¹⁰ Das materielle Vertragsrecht regelt Fragen wie den Abschluss, die Wirksamkeit und die Erfüllung des Vertrags, im Gegensatz zum internationalen Privatrecht, das nur die Frage nach dem anwendbaren Recht klärt.

Bereich des Vertragsrechts und danach, ob die nationalen Unterschiede in dieser Materie das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts behindern können. Sollte sich eine Kurskorrektur als notwendig erweisen, käme unter Umständen die Annahme eines neuen Gemeinschaftsinstruments in Betracht, das zu einer Angleichung des materiellen Vertragsrechts beiträgt. Deshalb fragten einige sogar schon nach dem Interesse, das man nun noch an Regeln haben könne, die die Anwendung eines bestimmten nationalen Rechts vorschreiben.

Solche Zweifel sind unbegründet. Aus Sicht der Kommission ist das Ziel des Projekts „Europäisches Vertragsrecht“ gegenwärtig weder eine völlige Angleichung des Vertragsrechts der Mitgliedstaaten noch die Schaffung eines „Europäischen Zivilgesetzbuchs“. Die Kommission hat bereits angekündigt, dass sie Anfang 2003 ein Folgedokument veröffentlichen will. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass selbst bei einer stärkeren Harmonisierung des Vertragsrechts auf europäischer Ebene, nur bestimmte besonders wichtige Aspekte erfasst werden. Folglich wird man auch weiterhin das anwendbare Recht in den nicht harmonisierten Bereichen bestimmen müssen. Die Regeln des Internationalen Privatrechts behalten also ihre Relevanz für grenzüberschreitende Transaktionen heute und in Zukunft.

Folglich vermindert das Projekt „Europäisches Vertragsrecht“ in keiner Weise das Interesse daran, über eine mögliche Modernisierung des Übereinkommens von Rom nachzudenken. Im Gegenteil: die beiden Projekte ergänzen einander und werden deshalb parallel geführt.

1.7. Bereits unternommene Initiativen

Im Vorfeld der Debatte über eine Aktualisierung des Übereinkommens hat die Kommission im Rahmen des Programms GROTIUS CIVIL 2000 ein von der Europäischen Rechtsakademie in Trier vorgelegtes Projekt finanziert, das die Einrichtung einer Datenbank im Internet über die Anwendung des Übereinkommens durch die Gerichte der Mitgliedstaaten vorsieht. Dieses Projekt ist noch nicht abgeschlossen, doch sind auf der entsprechenden Website¹¹ bereits zahlreiche Verweise auf die einschlägige Rechtsprechung zu finden.

Des Weiteren hat die Generaldirektion Justiz und Inneres am 4. und 5. November 1999 im Rahmen der Vorarbeiten für die „Brüssel I“-Verordnung (Verordnung (EG) Nr. 44/2001) eine Anhörung zum Thema internationales Privatrecht und E-Commerce abgehalten. Ihr sind 74 schriftliche Stellungnahmen von Berufsverbänden, Verbrauchervereinigungen, öffentlichen Einrichtungen, Unternehmern und Rechtswissenschaftlern zugegangen. Ein Großteil betrifft die Frage des auf über das Internet geschlossene Verträge anwendbaren Rechts.

Schließlich hat die GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (GEDIP) Möglichkeiten der Optimierung des Übereinkommens geprüft und konkrete Vorschläge für eine Änderung des derzeitigen Wortlauts unterbreitet¹².

Bevor auf die Zweckmäßigkeit einer sachlichen Überarbeitung der im Übereinkommen enthaltenen Kollisionsnormen eingegangen wird (Abschnitt 3), soll zunächst über Vorteile nachgedacht werden, die für die Umwandlung des Übereinkommens in ein Gemeinschaftsinstrument sprechen (Abschnitt 2).

¹¹ <http://www.rome-convention.org>.

¹² Die Ergebnisse ihrer Arbeit sind veröffentlicht unter: <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>.

Zunächst möchte die Kommission jedoch die Gelegenheit nutzen, sich genau darüber zu informieren, inwieweit das Übereinkommen von Rom mit seinen Vorschriften den Wirtschaftsteilnehmern - Unternehmern, Verbrauchern und Arbeitnehmern – und den juristischen Praktikern tatsächlich bekannt ist. Auch hätte sie gerne gewusst, ob diese Kenntnis bzw. Unkenntnis sich konkret auf das Verhalten der Wirtschaftsteilnehmer in ihren vertraglichen Beziehungen oder in späteren rechtlichen Streitigkeiten auswirkt.

Frage 1: Liegen Ihnen Informationen darüber vor, inwieweit das Übereinkommen von Rom von 1980 und seine Bestimmungen den Wirtschaftsteilnehmern und Angehörigen der Rechtsberufe einschließlich den Richtern tatsächlich bekannt sind? Wissen die Wirtschaftsteilnehmer, dass sie das auf ihren Vertrag anwendbare Recht frei wählen können? Falls das Übereinkommen von Rom Ihrer Ansicht nach den Wirtschaftsteilnehmern nicht hinreichend bekannt ist, hat dies negative Folgen für Vertragsverhandlungen oder Gerichtsverfahren?

2. ZWECKMÄSSIGKEIT DER UMWANDLUNG DES ÜBEREINKOMMENS VON ROM VON 1980 IN EIN GEMEINSCHAFTSINSTRUMENT

Das Übereinkommen von Rom ist heute die einzige Materie im europäischen internationalen Privatrecht, die noch die Form eines völkerrechtlichen Vertrages hat. Deshalb gibt es viele Stimmen, die nach der Möglichkeit der Umwandlung in ein Gemeinschaftsinstrument fragen. Diese Umwandlung hätte mehrere Vorteile: Es würde sich eine größeren Kohärenz der gemeinschaftlichen Rechtsetzungspolitik im Bereich des internationalen Privatrechts (näher 2.2) auf der Grundlage von Artikel 61 c) des Vertrages (s. 2.1) ergeben. Darüber hinaus würde dem Gerichtshof hierdurch die Zuständigkeit zur Auslegung des Übereinkommens unter den bestmöglichen Bedingungen übertragen (s. 2.3), und schließlich würde die Anwendung der vereinheitlichten Kollisionsnormen in den neuen Mitgliedstaaten erleichtert (s. 2.4).

2.1. Artikel 61 Buchstabe c) EG-Vertrag als neue Rechtsgrundlage - erleichterte Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinschaft auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts

Wurden die bisherigen Gemeinschaftsinstrumente auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts entweder auf der Grundlage von Artikel 293 (ex-Artikel 220) EG-Vertrag verabschiedet (wie im Fall des Brüsseler Übereinkommens von 1968) oder wurden sie den auf dieser Grundlage angenommenen Instrumenten gleichgestellt (wie im Fall des Übereinkommens von Rom von 1980), so ist dieses Rechtsgebiet seit Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags in die Zuständigkeit des ersten Pfeilers der Europäischen Union übergegangen.

Auf der Grundlage von Artikel 61 Buchstabe c) EG-Vertrag hat die Gemeinschaft daher mehrere neue, die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen betreffende Verordnungen verabschiedet („Brüssel II“¹³, „Insolvenz“¹⁴, „Zustellung von Schriftstücken“¹⁵ und

¹³ Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten, ABl. L160 vom 30.6.2000 S. 19.

¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. L160 vom 30.6.2000 S. 1.

„Beweisaufnahme“¹⁶⁾ und das Brüsseler Übereinkommen von 1968 in eine Verordnung umgewandelt. Die Kommission bereitet außerdem ein Gemeinschaftsinstrument über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht („Rom II“) vor.

In dem vom Rat 1998 angenommenen Wiener Aktionsplan¹⁷⁾ des Rates und der Kommission wird ausdrücklich auf die Vereinbarkeit der in verschiedenen Rechtsakten enthaltenen Kollisionsnormen eingegangen. In Punkt 40 c) wird auf die gegebenenfalls erforderliche „Einleitung der Revision einzelner Bestimmungen des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht unter Berücksichtigung spezieller Bestimmungen über Kollisionsnormen in anderen Gemeinschaftsübereinkünften“ Bezug genommen. Im Maßnahmenprogramm betreffend die gegenseitige Anerkennung¹⁸⁾ wird betont, dass es sich bei den Maßnahmen zur Harmonisierung der Kollisionsnormen um flankierende Maßnahmen handelt, die die Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen erleichtern sollen.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, vom Familienrecht abgesehen, ab dem Inkrafttreten des Vertrags von Nizza dem Mitentscheidungsverfahren unterliegt und somit das europäische Parlament eng am Gesetzgebungsverfahren beteiligt sein wird.

2.2. Kohärenz des von der Gemeinschaft auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts gesetzten Rechts

Oftmals wird kritisiert, dass sich das Übereinkommen von Rom seiner Rechtsnatur nach von den übrigen Gemeinschaftsinstrumenten auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts unterscheidet, mit ihnen inhaltlich jedoch eine Einheit bildet, was nicht eben zu einem geschlossenen Normensystem beiträgt.

Hinzu kommt, dass es sich beim Übereinkommen von Rom um einen internationalen Vertrag handelt und deshalb eine Reihe von Vorschriften enthält, die mit Blick auf die angestrebte Kohärenz der Rechtspolitik der Gemeinschaft zu hinterfragen sind.

Dabei handelt es sich insbesondere um folgende Bestimmungen:

- das in Artikel 22 vorgesehene Recht der Mitgliedstaaten, sich die Nichtanwendung bestimmter Vorschriften (nämlich von Artikel 7 Absatz 1 und Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe e) vorzubehalten;
- das in Artikel 23 vorgesehene Recht, für bestimmte Gruppen von Verträgen nationale Kollisionsnormen einzuführen;
- das in Artikel 24 vorgesehene Recht, mehrseitigen Übereinkommen auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts beizutreten;

¹⁵⁾ Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten, ABl. L160 vom 30.6.2000 S. 37.

¹⁶⁾ Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen, ABl. L 174 vom 27.6.2001 S. 1.

¹⁷⁾ ABl. C 19 vom 23.1.1999 S. 1, Punkt 51 c).

¹⁸⁾ ABl. C 12 vom 15.1.2001 S. 8

- die befristete (wenngleich verlängerbare) Geltungsdauer des Übereinkommens (Artikel 30).

Es ist fraglich, ob diese Bestimmungen mit dem Ziel, einen echten europäischen Rechtsraum zu schaffen, vereinbar sind.

2.3. Die Auslegung des Übereinkommens durch den Gerichtshof

Eine Analyse der ersten Entscheidungen nationaler Gerichte lässt bereits erkennen, dass die einheitliche Anwendung einiger Artikel des Übereinkommens nicht immer gesichert ist. Insbesondere tendieren die nationalen Gerichte dazu, das Übereinkommen im Lichte früherer Lösungen auszulegen - sei es bei der Ausfüllung von Gesetzeslücken oder bei der Interpretation auslegungsbedürftiger Bestimmungen. Beispiele für derartige divergierende Auslegungen zeigen sich etwa an Artikel 1 Absatz 1 über den sachlichen Anwendungsbereich (Definition von Verträgen - Fallen auch Kettenverträge darunter?) und Artikel 3 Absatz 1 über die stillschweigende Rechtswahl (Liegt bereits bei einer Verweisung auf einen Rechtsbegriff, der einer bestimmten nationalen Rechtsordnung eigen ist, eine Rechtswahl vor?)¹⁹.

Die einheitliche Anwendung der Kollisionsregeln auf Gemeinschaftsniveau würde sicherlich gestärkt, wenn die Regeln des Übereinkommens von Rom einheitlich ausgelegt würden.

Die Staaten haben in einer Gemeinsamen Erklärung²⁰ ihren Willen bekundet, die Möglichkeit der Übertragung bestimmter Zuständigkeiten an den Europäischen Gerichtshof zu prüfen. Dem Übereinkommen sind zwei Protokolle beigefügt, die dem Gerichtshof die Zuständigkeit für die Auslegung des Übereinkommens übertragen. Diese beiden Protokolle sind jedoch immer noch nicht in Kraft getreten²¹.

Die Umwandlung des Übereinkommens in ein Gemeinschaftsinstrument würde es erlauben, dass der Gerichtshof für alle auf einer gemeinschaftsrechtlichen Quelle beruhenden Instrumente gleichermaßen zuständig wäre. Auch könnte der Gerichtshof so gewährleisten, dass Rechtsbegriffe, die dem Übereinkommen von Rom und der Verordnung „Brüssel I“ gemeinsam sind, einheitlich ausgelegt werden²². Eine solche einheitliche Auslegung ist umso wichtiger, als nicht ausgeschlossen werden kann, dass die dem Gerichtshof im Rahmen von Titel IV zugewiesenen Befugnisse in Zukunft geändert werden.

Trotzdem bleibt die Ratifizierung der beiden Protokolle zum Übereinkommen von Rom wünschenswert. Alle Verträge, die vor dem Inkrafttreten eines möglichen „Rom-1“-Instrumentes geschlossen wurden, bleiben dem Übereinkommen von Rom unterworfen, so dass der Nutzen dieser Protokolle für eine beachtliche Anzahl von Verträgen erhalten bleibt.

¹⁹ Ein weiterer Faktor, der divergierenden Interpretationen Vorschub leistet, ist die Tatsache, dass einige Mitgliedstaaten die Bestimmungen des Übereinkommens durch ein Gesetz in ihr nationales Recht übernommen haben, wobei der ursprüngliche Wortlaut in einigen Fällen verändert wurde.

²⁰ Für die konsolidierte Fassung des Übereinkommens mit dem durch die verschiedenen Beitrittsübereinkommen, Erklärungen und als Anhang beigefügten Protokolle geänderten Wortlaut siehe ABl. C 27 vom 26.1.1998, S. 34.

²¹ Damit das erste Protokoll, das die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs vorsieht, für die Staaten, die es ratifiziert haben (also für alle Mitgliedstaaten außer Belgien und Irland), in Kraft tritt, muss noch das zweite Protokoll von Belgien ratifiziert werden; zum Stand der Ratifizierung siehe: <http://ue.eu.int/accords/default.asp>

²² Zum Beispiel der Begriff des Verbrauchers

2.4. Die Anwendung der vereinheitlichten Kollisionsnormen in den neuen Mitgliedstaaten

Das Übereinkommen von Rom aus dem Jahr 1980 ist Teil des gemeinschaftlichen Besitzstands. Im Hinblick auf die bevorstehende Erweiterung der Europäischen Union könnte die Verabschiedung eines Gemeinschaftsinstruments verhindern, dass die vereinheitlichten Kollisionsnormen in den Bewerberländern wegen der erforderlichen Ratifizierungsverfahren verspätet in Kraft treten.

Um dies zu veranschaulichen, sei nur daran erinnert, dass die Übereinkommen von Funchal²³ und von Rom²⁴ über den Beitritt Portugals und Spaniens bzw. Finnlands, Österreichs und Schwedens immer noch nicht von allen Mitgliedstaaten ratifiziert worden sind. Insofern, als der ursprüngliche Wortlaut leicht geändert wurde, existieren in der Europäischen Union daher heute zwei unterschiedliche Fassungen des Übereinkommens von Rom nebeneinander²⁵.

2.5. Art des anzunehmenden Rechtsakts: Verordnung oder Richtlinie?

Bei der Wahl des anzunehmenden Rechtsakts - Verordnung oder Richtlinie - ist zu berücksichtigen, dass dem Maßnahmenprogramm über die gegenseitige Anerkennung zufolge die Harmonisierung der Kollisionsnormen zur gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsentscheidungen innerhalb der Europäischen Union beitragen soll.

Auch gilt es zu bedenken, dass es hier nicht darum geht, einen bestimmten Ausschnitt einer Materie zu regeln - wie im Fall der sektorspezifischen Richtlinien -, sondern darum, ein ganzes Rechtsgebiet - nämlich das für Schuldverhältnisse geltende internationale Privatrecht - insgesamt zu harmonisieren.

Es scheint, dass sich diese Ziele leichter verwirklichen lassen, wenn dem künftigen „Rom I“-Instrument die Form einer Verordnung verliehen wird, mit der sich eine wirklich einheitliche Anwendung der Kollisionsnormen am besten erreichen lässt und mit der man die Unsicherheiten eine Richtlinienumsetzung vermeidet.

Frage 2: Halten Sie es für zweckmäßig, das Übereinkommen von Rom von 1980 in ein Gemeinschaftsinstrument umzuwandeln? Was spricht Ihrer Ansicht nach für bzw. gegen ein solches Vorhaben?

3. SOLLTE DAS ÜBEREINKOMMENS VON ROM VON 1980 MODERNISIERT WERDEN ?

Der Vorschlag, ein vor kaum elf Jahren in Kraft getretenes Übereinkommen zu überarbeiten, mag verwundern. Es gibt jedoch mehrere Argumente, die für eine solche Überarbeitung sprechen.

Zunächst einmal haben sich die Mitgliedstaaten anlässlich des Beitritts Österreichs zum Übereinkommen von Rom verpflichtet, die Zweckmäßigkeit einer Überarbeitung von Artikel 5 über den Verbraucherschutz zu prüfen. In dem erläuternden Bericht über das

²³ ABl. L 333 vom 18.11.1992 S. 1.

²⁴ ABl. C 15 vom 15.1.1997 S. 10.

²⁵ Die durch das Übereinkommen von Funchal eingeführten Änderungen betreffen im Wesentlichen die Aufhebung von Artikel 27 über den räumlichen Geltungsbereich des Übereinkommens.

Beitrittsübereinkommen wird ausgeführt, dass diese Prüfung alsbald erfolgen sollte, und eine entsprechende Erklärung wurde dem Protokoll der Konferenz der Regierungen der Mitgliedstaaten als Anhang beigefügt²⁶.

Sodann ist auf den engen Zusammenhang zwischen dem Übereinkommen von Rom und seinem Gegenstück auf dem Gebiet der Zuständigkeitskonflikte, dem Brüsseler Übereinkommen, hinzuweisen. Bei der Umwandlung des Brüsseler Übereinkommens in eine Verordnung wurde sein Wortlaut hinsichtlich einiger Artikel²⁷ auch inhaltlich überarbeitet. Es wird oftmals vertreten, dass zur Wahrung der Kohärenz des gemeinschaftlichen internationalen Privatrechts auch das zukünftige „Rom I“- Instrument diesen Änderungen Rechnung tragen müsse.

Im übrigen hat sich die Rechtsprechung faktisch bereits länger mit dem Übereinkommen von Rom auseinandergesetzt, als dieses tatsächlich in Kraft gewesen ist. Mehrere Unterzeichnerstaaten hatten seine Bestimmungen nämlich schon vor Inkrafttreten in ihr nationales Recht übernommen²⁸. In anderen Mitgliedstaaten haben sich die Richter von dem Übereinkommen beeinflussen lassen, bevor dieses überhaupt in Kraft getreten war.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung werden einige grundlegende Bestimmungen des Übereinkommens als zu ungenau kritisiert. Dabei darf man freilich nicht vergessen, dass diese Materie sich für allzu genaue Vorgaben nicht unbedingt eignet, und dass notwendigerweise ein Mittelweg gefunden werden muss zwischen, einerseits, der vollständigen Freiheit für den Richter, das anwendbare Recht zu wählen und, andererseits, Regeln, die keinerlei Auslegungsspielraum lassen.

Folglich kann es nicht Sinn einer etwaigen sachlichen Überarbeitung sein, alle Punkte, die zu divergierenden Auslegungen Anlass geben könnten, bis ins letzte Detail zu regeln, sondern nur, die problematischsten Bestimmungen zu überarbeiten. Bevor diese Bestimmungen Artikel für Artikel besprochen werden (unter 3.2), soll zunächst auf umfassendere Fragestellungen im Zusammenhang mit der allgemeinen Ausgewogenheit des Wortlauts des Übereinkommens eingegangen werden (unter 3.1).

3.1. Allgemeine Ausgewogenheit des Übereinkommens

3.1.1. Verhältnis der allgemeinen Kollisionsnormen des Übereinkommens von Rom zu den Regeln in sektoriellen Rechtsakten, die sich auf das Kollisionsrecht auswirken

3.1.1.1. Vielzahl von sektoriellen Rechtsinstrumenten, die sich auf das Kollisionsrecht auswirken

Über die Vielzahl der sektoriellen Rechtsakte des Gemeinschaftsrechts, die einzelne Kollisionsnormen enthalten²⁹ oder die den territorialen Anwendungsbereich des

²⁶ ABl. C 191 vom 23.6.1997 S. 11.

²⁷ Insbesondere die Artikel 5, 15 und 22, Absatz 1

²⁸ Dänemark, Luxemburg, Deutschland und Belgien.

²⁹ Dabei handelt es sich insbesondere um folgende Rechtsakte: Richtlinie 93/7/EWG vom 15. März 1993 über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern; Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie). Unabhängig davon gibt es für den Versicherungsbereich ein geschlossenes Regelwerk von Kollisionsnormen in der Zweiten Schadensrichtlinie (Richtlinie 88/357/EWG vom 22. Juni 1988 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung) in der

Gemeinschaftsrechts bestimmen und sich daher auf die Rechtswahl auswirken³⁰, wurde viel geschrieben. Gemäß Artikel 20 des Übereinkommens und allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen entsprechend³¹ kann mit diesen Spezialvorschriften für besondere Sachverhalte von den allgemeinen Regelungen des Übereinkommens abgewichen werden. In den meisten Fällen gehen diese sektorspezifischen Vorschriften auf das Bemühen um einen besseren Schutz des „schwachen“ Vertragsteils zurück³².

Die Vielzahl nebeneinander bestehender Kollisionsnormen ist jedoch nicht unproblematisch. Einige befürchten, sie könnte die Einheitlichkeit des Regelwerks der in der Europäischen Union anwendbaren Kollisionsregeln beeinträchtigen. Als Beispiel werden die in den Verbraucherschutzrichtlinien enthaltenen, sich auf das Kollisionsrecht auswirkenden Vorschriften angeführt, die nach einem anderen Prinzip funktionieren als Kollisionsnormen im eigentlichen Sinne³³ und sich im Wortlaut zudem von einer Richtlinie zur anderen leicht unterscheiden. Darüber hinaus wird die Umsetzung durch die Mitgliedstaaten dem Geist der Richtlinie nicht immer gerecht, insbesondere, wenn eine allseitige in eine einseitige Kollisionsnorm umgewandelt wird³⁴.

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die durch die versprengten Kollisionsnormen bedingte Unübersichtlichkeit, die insbesondere in der praktischen Anwendung Zweifel darüber aufkommen lässt, welcher Rechtsakt nun maßgeblich ist. Diese Frage ist in den breiteren Zusammenhang der in der Europäischen Union angestellten Überlegungen über eine

durch die Richtlinien 92/49/EWG und 2002/13/EG ergänzten und geänderten Fassung sowie in der Zweiten Lebensrichtlinie (Richtlinie 90/619/EWG vom 8. November 1990) in der durch die Richtlinien 92/96/EWG und 2002/12/EG ergänzten und geänderten Fassung.

³⁰ Einige Richtlinien beinhalten Vorschriften, die, obwohl kein Kollisionsrecht im eigentlichen Sinne, doch nicht ohne Einfluß auf die Frage nach dem anwendbaren Recht sind. Wenn der Vertrag eine Verbindung zum Gebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten hat, führen diese Vorschriften zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts, wenn das Recht eines Drittstaats gewählt wurde. Solche Bestimmungen finden sich in folgenden Rechtsinstrumenten: Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen; Richtlinie 94/47/EG vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien (Time-sharing-Richtlinie); Richtlinie 97/7/EG vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatzrichtlinie); Richtlinie 99/44/EG vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterrichtlinie); Richtlinie 2002/65/EG vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an den Verbraucher.

³¹ „*Generalia specialibus derogant*“: Das besondere Gesetz geht dem allgemeinen vor.

³² Die Aufnahme von Kollisionsnormen in die Verbraucherschutzrichtlinien ist vor allem darauf zurückzuführen, dass der durch Artikel 5 des Übereinkommens gewährte Schutz als nicht immer ausreichend angesehen wurde, vgl. unten, 3.2.7.

³³ Vgl. oben Fußnote 30.

³⁴ Die meisten Kollisionsnormen sind allseitig, d. h., sie können je nach Sachverhalt ebenso auf ausländisches Recht wie auf das Recht des angerufenen Gerichts verweisen. Ein Beispiel ist die französische Vorschrift, wonach das Gericht bei der Bestimmung der väterlichen Abstammung des Kindes das Recht des Staates anzuwenden hat, dessen Angehörige die Mutter ist. Ist die Mutter Französin, wendet das französische Gericht französisches Recht an, ist sie Italienerin, wendet er italienisches Recht an. Bei einseitigen Kollisionsnormen, die heute die Ausnahme sind, legt hingegen jeder Staat lediglich fest, in welchen Fällen sein eigenes Recht anwendbar ist. Ein Beispiel ist Artikel 3 Absatz 3 des französischen Code civil: „*Die Gesetze über den Personenstand und die Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Personen gelten für Franzosen auch dann, wenn diese sich im Ausland aufhalten*“.

Kodifizierung des gemeinschaftlichen Besitzstandes zu stellen, mit der eine größere Transparenz gewährleistet werden soll³⁵.

3.1.1.2. Mögliche Lösungen

Es sind mehrere Lösungen in der gegenwärtigen Diskussion - von Maßnahmen, die angesichts der zahlreichen nebeneinander bestehenden Rechtsakte eine praktische Orientierungshilfe bieten, bis hin zu einer richtiggehenden Kodifizierung der gemeinschaftsrechtlichen Kollisionsnormen.

- i. Um die Übersicht über die bestehenden Rechtsakte zu erleichtern, könnte dem künftigen Instrument als Anhang eine Liste der sektorbezogenen Instrumente des abgeleiteten Rechts, in denen Kollisionsnormen enthalten sind, beigefügt werden, die bei jeder neuen Verabschiedung aktualisiert würde.
- ii. Die für bestimmte Bereiche geltenden speziellen Vorschriften könnten in das künftige Gemeinschaftsinstrument eingearbeitet werden. In diesem Fall wäre vor allem zu klären, ob ein umfassender Text angestrebt wird, in dem alle von der Gemeinschaft für Vertragsverhältnisse erlassenen Kollisionsnormen zusammengefasst sind. Faktisch stellt sich damit die Frage nach der „Kodifizierung“ des einschlägigen gemeinschaftlichen Besitzstandes.
- iii. Die Bestimmungen in sektoriellen Rechtsinstrumenten, die sich auf das Kollisionsrecht auswirken, zielen im Allgemeinen auf einen besseren Schutz des schwächeren Vertragsteils ab. Derzeit stehen jedoch mehrere Änderungsvorschläge zum Übereinkommen zur Diskussion, mit denen eben dieser Schutz verbessert werden soll. Diese Änderungsvorschläge betreffen zum einen eine Generalklausel, mit der Anwendung eines gemeinschaftlichen Mindeststandards garantiert werden soll (siehe 3.1.2., *infra*) und zum anderen die Überarbeitung von Artikel 5 des Übereinkommens über Verbraucherverträge (siehe unten 3.2.7). Für den Fall, dass diese Vorschläge angenommen werden, wurde bereits vorgeschlagen, die in den sektorbezogenen Rechtsakten enthaltenen Kollisionsnormen zu streichen.

Frage 3: Sind Ihnen Schwierigkeiten bekannt, die auf die Vielzahl der Kollisionsnormen bzw. auf ihre Aufteilung auf mehrere horizontale und sektorbezogene Rechtsakte des abgeleiteten Rechts zurückzuführen sind? Falls ja, welche Lösung würden Sie empfehlen, um diese Schwierigkeiten zu beheben?

3.1.2. *Aufnahme einer Klausel, die bei Belegenheit aller oder bestimmter Vertragselemente innerhalb der Gemeinschaft die Einhaltung eines gemeinschaftlichen Mindeststandards gewährleistet*

3.1.2.1. Gefahr der Nichtanwendung des Gemeinschaftsrechts trotz Belegenheit aller Elemente innerhalb der Europäischen Union

Es wird immer Situationen geben, in denen der schwächere Vertragsteil aufgrund besonderer Umstände nicht in den Genuss der Schutzbestimmungen des Übereinkommens kommt. Aufgrund der Wahlfreiheit des anzuwendenden Rechts kann es zur Anwendung eines

³⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Kodifizierung des Acquis Communautaire, KOM (2001) 645 endg. vom 21. November 2001.

Drittstaates kommen. Ein solches Ergebnis kann dem Geist des Übereinkommens zuwiderlaufen, vor allem, wenn alle Beteiligte EU-Angehörige sind.

Wie im Folgenden noch darzulegen sein wird (vgl. unten 3.2.7), kann es passieren, dass der sogenannte „mobile“ Verbraucher nicht gegen die Anwendung des Rechts eines Drittstaates geschützt ist. So enthält das Übereinkommen von Rom zum Beispiel für den Fall, dass ein portugiesischer Verbraucher in Belgien Einkäufe tätigt, keine Vorschrift, die es dem Händler untersagen würde, den Kaufvertrag dem Recht eines außereuropäischen Staates zu unterstellen, das keinen Verbraucherschutz kennt³⁶. Und selbst wenn der Anwendungsbereich der Verbraucherschutzvorschriften erweitert würde, würde deren Anwendung immer noch bestimmten Voraussetzungen unterliegen, so dass Missbrauch niemals ganz auszuschließen sein wird. Das gleiche Problem stellt sich auch im Fall anderer schwacher Vertragspartner wie z. B. Arbeitnehmern.

Zwar ist der Schutz des schwächeren Vertragsteils durch zahlreiche Richtlinien ausgebaut worden, die durch ihren Anwendungsbereich gerade verhindern, dass eine einfache Rechtswahl deren Anwendung verhindert (vgl. oben 3.1.1). Nach Meinung vieler hat dieser Ansatz jedoch Nachteile. Abgesehen davon, dass nicht leicht feststellbar ist, welche Norm anwendbar ist, regeln die sektorbezogenen Richtlinien - wie schon ihr Name besagt - nicht das gesamte Gebiet des Zivilrechts, sondern nur einige Aspekte des Vertragsrechts, für die sie einen Mindeststandard an Schutz festsetzen. Und schließlich ist der Rückgriff auf sektorbezogene Richtlinien auch insofern unzulänglich, als sich der Verbraucher im Fall ihrer Nichtumsetzung oder mangelhaften Umsetzung gegenüber seinem Vertragspartner nicht auf ihre Bestimmungen berufen kann³⁷.

3.1.2.2. Mögliche Lösungen

Eine Modernisierung der Artikel 5 und 6, wie nachfolgend unter 3.2.7. diskutiert, würde es sicherlich erlauben, bestimmte Redaktionsmängel zu heilen. Dennoch sollte auch eine andere Lösung ins Auge gefasst werden, nämlich die Aufnahme einer Klausel, die bei Belegenheit aller oder bestimmter Vertragselemente innerhalb der Gemeinschaft die Einhaltung eines gemeinschaftlichen Mindeststandards an Schutz garantieren würde.

Eine solche Klausel könnte an den Wortlaut des derzeitigen Artikels 3 Absatz 3 des Übereinkommens angelehnt sein, wonach die zwingenden Bestimmungen eines Staates durch die Wahl eines ausländischen Rechts seitens der Parteien nicht berührt werden, wenn „*alle anderen Teile des Sachverhalts im Zeitpunkt der Rechtswahl in ein und demselben Staat belegen*“ sind.

Im künftigen „Rom I“- Instrument könnte präzisiert werden, dass, wenn eine Richtlinie den Respekt eines Mindeststandards vorschreibt, sich die Parteien dessen nicht mit Hilfe des Kollisionsrechts entziehen können, indem sie das Recht eines Drittstaates für rein innergemeinschaftliche Verträge wählen. So wurde folgende Bestimmung vorgeschlagen:

³⁶ Bleiben natürlich die als „letzte Schutzvorrichtung“ fungierenden "international zwingenden Bestimmungen" im Sinne des Artikel 7 EVÜ, auch „Eingriffsnormen“ genannt - d. h. Vorschriften, die die Gerichte unabhängig von dem für den Vertrag maßgeblichen Recht anwenden können (vgl. unten 3.2.8). Dieser Schutz ist jedoch mit Unsicherheiten behaftet: So gibt es nur wenige Rechtsvorschriften, die eindeutig als Eingriffsnormen eingestuft werden - die Beurteilung durch die Gerichte ist daher alles andere als vorhersehbar.

³⁷ Grund ist die fehlende unmittelbare horizontale Wirkung von Richtlinien. Die Nichtumsetzung der Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985 über Haustürgeschäfte durch Spanien hat zu der deutschen Rechtsprechung in den so genannten „Gran-Canaria-Fällen“ geführt (vgl. Fußnote 61, unten).

„Sind alle Teile des Sachverhalts bei Vertragsschluss in einem oder mehreren Mitgliedstaaten belegen, so lässt die Wahl des Rechts eines Drittstaates durch die Parteien die Anwendung der zwingenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts unberührt.“³⁸

In diesem Hinblick gilt es auch die *Ingmar*-Entscheidung des EuGH zu beachten. Obwohl nicht alle Elemente in der Gemeinschaft belegen waren – der Unternehmer hatte seinen Sitz in den USA – hat der Gerichtshof sich auf die Tatsache gestützt, dass der Handelsvertreter seine Tätigkeit in einem Mitgliedsstaat ausübte, und hat somit die Anwendung bestimmter Vorschriften der Richtlinie 86/653 über Handelsvertreter gerechtfertigt³⁹.

Frage 4: Halten Sie im Falle des Erlasses eines Gemeinschaftsinstruments "Rom I" eine allgemeine Klausel für wünschenswert, wonach ein gemeinschaftsrechtlicher Mindeststandard garantiert wird, wenn alle oder besonders wichtige Vertragselemente in der Gemeinschaft belegen sind? Würde der unter 3.1.2.2 vorgeschlagene Wortlaut diesen Zweck erfüllen?

3.1.3. Verhältnis zu den einschlägigen internationalen Übereinkommen

Auch im Rahmen eines Gemeinschaftsinstruments könnte daran gedacht werden, es den Mitgliedstaaten zu gestatten, die Kollisionsnormen der internationalen Übereinkommen, denen sie derzeit angehören, weiterhin anzuwenden. Sinn einer solchen Lösung wäre es, Konflikte zwischen den Vorschriften dieser Übereinkommen und denjenigen des Gemeinschaftsinstruments zu vermeiden. Des Weiteren wäre es den Mitgliedstaaten, die diesen Übereinkommen bereits beigetreten sind, damit möglich, diese nicht zu kündigen.

Diese Lösung hat zweifellos den Nachteil, den betreffenden Staaten die Anwendung von Vorschriften zu gestatten, die von denjenigen des Gemeinschaftsinstruments abweichen, was die Herausbildung eines wirklichen gemeinsamen Rechtsraums erschweren könnte. Dies ist jedoch insofern weniger zu befürchten, als der Inhalt der betreffenden Vorschriften schon heute bestens bekannt ist und es den Mitgliedstaaten vom Zeitpunkt der Verabschiedung des vorzuschlagenden Gemeinschaftsinstruments an nicht mehr möglich sein wird, einzeln weiteren Übereinkommen beizutreten. Gemäß der „AETR-Rechtsprechung“⁴⁰ würde der Gemeinschaft nämlich mit der Verabschiedung eines Gemeinschaftsinstruments zur Vereinheitlichung der auf Verträge des Zivil- oder Handelsrechts anwendbaren Kollisionsnormen die ausschließliche Zuständigkeit übertragen, internationale Verträge auf diesem Gebiet auszuhandeln und abzuschließen.

Zur Gewährleistung von Transparenz und Rechtssicherheit könnte den Mitgliedstaaten bei dieser Lösung darüber hinaus die Pflicht auferlegt werden, die von ihnen geschlossenen, unter diese Bestimmung fallenden internationalen Übereinkommen bekannt zu geben. Eine entsprechende Liste könnte einem künftigen „Rom I“- Instrument ggf. als Anhang beigefügt werden.

Frage 5: Haben Sie etwas zu den vorstehenden Ausführungen anzumerken?

³⁸ Zum Begriff „zwingende Bestimmungen“, vgl. unten, 3.2.8.

³⁹ EuGH, 9.11.2000, *Ingmar GB Ltd. c/ Eaton Loanard Technologies Inc.*, C-381/98

⁴⁰ Urteil vom 31. März 1971 in der Rs. C-22/70, *Kommission / Rat*, Slg. 1971 S. 263.

3.2. Probleme mit der Anwendung einzelner Bestimmungen des Übereinkommens

3.2.1. Anwendungsbereich des Übereinkommens - Ausschluss von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen (Artikel 1 Absatz 2 d)

Vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgenommen sind Schiedsklauseln (die für den Fall eines Rechtsstreits statt der Anrufung staatlicher Gerichte die Befassung eines Schiedsrichters bzw. Schiedsgerichts vorsehen) und Gerichtsstandsvereinbarungen (die das für den Fall eines Rechtsstreits zuständige staatliche Gericht bestimmen) aus.

Der Ausschluss von Schiedsvereinbarungen fällt wegen der großen Zahl diesbezüglicher Übereinkommen möglicherweise weniger ins Gewicht, doch betreffen diese Übereinkommen häufiger die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen als das auf Schiedsvereinbarungen selbst anwendbare Recht.

Was die Gerichtsstandsvereinbarungen betrifft, so enthält Artikel 23 der „Brüssel I“-Verordnung zwar Sachnormen, die für diese Vereinbarungen unmittelbar bestimmte Wirksamkeitsvoraussetzungen festlegen, doch können mit diesem Artikel nicht alle Fragen gelöst werden.

Frage 6: Halten Sie auf Schieds- und Gerichtsstandsklauseln anwendbare Kollisionsnormen für zweckmäßig?

3.2.2. Für Versicherungsverträge geltende Regeln (Artikel 1 Absatz 3)

3.2.2.1. Gegenwärtige Situation

Vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgenommen sind Versicherungsverträge, die innerhalb der Europäischen Union belegene Risiken decken. Dieser Ausschluss ist darauf zurückzuführen, dass sich zeitgleich mit den Verhandlungen über das Übereinkommen von Rom eine weitere Sachverständigengruppe mit der Ausarbeitung von rechtlichen Regelungen für Versicherungen unter dem Gesichtspunkt des internationalen Privatrechts und der Dienstleistungsfreiheit befasste. Mehrere sektorbezogene Richtlinien enthalten Vorschriften zur Regelung von Gesetzeskonflikten speziell im Versicherungswesen⁴¹.

Je nachdem, ob das Risiko in einem Mitgliedstaat belegen ist und ob das Versicherungsunternehmen in der Gemeinschaft niedergelassen ist, sind daher drei Fälle zu unterscheiden:

- a) Das Risiko ist außerhalb der Europäischen Union belegen. Unabhängig davon, ob das Versicherungsunternehmen in der Gemeinschaft niedergelassen ist, bestimmt sich das anzuwendende Recht nach den Vorschriften des Übereinkommen. Mangels Rechtswahl wird den allgemeinen Bestimmungen des Übereinkommens (Artikel 4) entsprechend vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem das Versicherungsunternehmen niedergelassen ist.

⁴¹ Dabei handelt es sich um die bereits in Fußnote 29 genannten Versicherungsrichtlinien. Diesbezüglich ist anzumerken, dass der Rat am 27. Mai 2002 eine gemeinsame Stellungnahme im Hinblick auf den Erlass einer konsolidierten Fassung der „Lebensrichtlinien“ abgegeben hat (ABl. C 170 E vom 16.7.2002 S. 45). Derzeit wird zudem an einer konsolidierten Fassung der „Schadensrichtlinien“ gearbeitet, die bis 2003 abgeschlossen sein soll.

- b) Das Risiko ist innerhalb der Europäischen Union belegen und dort auch versichert. Das anwendbare Recht bestimmt sich nach den Vorschriften der „Versicherungsrichtlinien“, die sich merklich von den allgemeinen Regeln des Übereinkommens unterscheiden. Die für Lebensversicherungen geltende Richtlinie 90/619/EWG sieht grundsätzlich die Anwendung des Rechts des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Versicherungsnehmers vor, wenn es sich bei diesem um eine natürliche Person handelt. Diese Lösung, bei der der Versicherungsnehmer ähnlich behandelt wird wie ein Verbraucher, entspricht auch der in den meisten Drittstaaten geltenden Regelung.
- c) Das Risiko ist in der Europäischen Union belegen und wird von einem nicht in der Gemeinschaft niedergelassenen Unternehmen versichert. Das anzuwendende Recht bestimmt sich nach den nationalen Kollisionsnormen des betreffenden Mitgliedstaates; es gibt keine auf Ebene der Europäischen Union harmonisierte Lösung.

3.2.2.2. Probleme im Zusammenhang mit der gegenwärtigen Situation

An der gegenwärtigen Situation wird von Fachleuten auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts insbesondere kritisiert, dass sie kaum mit dem Bemühen um Transparenz hinsichtlich des Gemeinschaftsrechts vereinbar sei. Zwar seien auf Versicherungsrecht spezialisierte Juristen in der Lage, die anwendbaren Bestimmungen zu ermitteln, doch gelte dies nicht für einen breiteren Personenkreis.

Fraglich erscheint auch, ob die Anwendung des Rechts des Versicherers in Situation a) mit dem auch in der „Brüssel I“- Verordnung⁴² zum Ausdruck kommenden Bemühen um einen umfassenden Schutz von Privatpersonen als Versicherungsnehmer vereinbar ist.

Schließlich mag es verwundern, dass es keine harmonisierten Kollisionsnormen für die oben beschriebene Situation c) gibt (in der Europäischen Union belegenes Risiko, das von einem nicht in der Gemeinschaft niedergelassenen Anbieter versichert wird). Fachleute halten dies in der Praxis jedoch für unbedenklich, weil außergemeinschaftliche Anbieter den Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit zufolge verpflichtet seien, eine Niederlassung in der Europäischen Union einzurichten und somit den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften unterlägen.

3.2.2.3. Mögliche Lösungen

Die Überlegungen könnten an folgenden Punkten ansetzen:

- i. Wird den Besonderheiten von Versicherungsverträgen bei Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des Übereinkommens auf den oben beschriebenen Fall a) hinreichend Rechnung getragen? Wäre es nicht vorzuziehen, ähnlich wie in der „Brüssel I“- Verordnung eine spezielle Kollisionsnorm vorzusehen? Oder sollte die Gemeinschaft wie die meisten Drittstaaten davon absehen, sich mit nicht auf ihrem Gebiet belegenen Risiken zu befassen?
- ii. Um die Transparenz des Gemeinschaftsrechts zu verbessern, könnte daran gedacht werden, die für Versicherungsverträge geltenden Vorschriften in ein künftiges „Rom

⁴² In Abschnitt 3 des Brüsseler Übereinkommens von 1968 waren bereits besondere Zuständigkeitsregeln enthalten.

I“- Instrument einzuarbeiten. Jedoch ist fraglich, ob dies mit einer etwaigen Ausgestaltung dieses Instruments als Verordnung zu vereinbaren wäre. Bei Ausarbeitung der „Versicherungsrichtlinien“ wollte der Gemeinschaftsgesetzgeber den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Kriterien, die für die Anwendung des Rechts des Versicherungsnehmers maßgeblich sind, einen gewissen Entscheidungsspielraum belassen, was sich kaum mit der Rechtsform der Verordnung vereinbaren lässt. Dementsprechend haben die meisten Mitgliedstaaten im Rahmen der Arbeiten der Kommission zum Thema „Versicherungen und E-Commerce“ den Wunsch geäußert, diese möge von der Aufnahme von diesbezüglichen Kollisionsnormen in das Übereinkommen von Rom bzw. in das an dessen Stelle tretende Instrument absehen.

- iii. Durch Erstellung eines laufend auf den neuesten Stand gebrachten Anhangs über die in sektorbezogenen Rechtsakten enthaltenen Kollisionsnormen (vgl. oben 3.1.1.2.) könnte die Übersichtlichkeit und Transparenz der für Versicherungsverträge geltenden Vorschriften verbessert werden.

Frage 7: Wie beurteilen Sie die derzeit für Versicherungsverträge geltenden Regelungen? Halten Sie die rechtliche Behandlung der beiden Fallgestaltungen (a) und (c) für zufrieden stellend? Welche Lösung würden Sie zur Behebung eventueller Probleme empfehlen?

3.2.3. *Parteiautonomie (Artikel 3 Absatz 1) - Wahl nichtstaatlicher Regelungen*

Im internationalen Handel ist gängige Praxis, dass die Parteien statt auf das Recht eines Staates unmittelbar auf die Bestimmungen eines internationalen Übereinkommens wie des Wiener UN-Übereinkommens über den internationalen Warenkauf (CISG) vom 11. April 1980, auf internationale Handelsbräuche, allgemeine Rechtsgrundsätze, die *lex mercatoria* oder private Kodifikationen jüngerer Datums wie die UNIDROIT-Grundsätze verweisen.

Es dürfte nicht im Sinne der Verfasser des Übereinkommens sein, eine solche Verweisung einer Rechtswahl im Sinne von Artikel 3 gleichzusetzen; dieser Artikel bezieht sich wohl nur auf die Wahl von staatlich gesetztem Recht. Auf einen Vertrag, in dem eine solche Verweisung vorgenommen wird, müsste daher das mangels Rechtswahl anwendbare Recht angewandt werden (Artikel 4); nach diesem Recht wäre dann zu beurteilen, welche Bedeutung der Wahl nichtstaatlichen Rechts durch die Parteien beizumessen ist⁴³. Die meisten Autoren haben sich bislang gegen die Möglichkeit der Wahl nichtstaatlicher Regeln ausgesprochen, was insbesondere damit begründet wird, dass diese noch kein geschlossenes und umfassendes Normensystem bilden.

Andere fordern jedoch im Gegenteil, dass die Wahl nichtstaatlicher Regeln eine Rechtswahl im Sinne des Art. 3 des Übereinkommens von Rom darstellen sollte⁴⁴. Dabei wird angeführt, dass eine Möglichkeit, die in vielen Staaten Schiedsgerichten eingeräumt werde, staatlichen Gerichten nicht vorenthalten werden könne.

Was speziell die Verweisung auf das Wiener Übereinkommen vom 11. April 1980 durch die Parteien betrifft, hatten niederländische Gerichte über zwei Fälle zu entscheiden, in denen das

⁴³ Vgl. in diesem Sinne P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1991*, RCDIP 1991, S. 287.

⁴⁴ Vgl. insbesondere K. BOELE-WOELKI, *Principles and Private International Law - The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply them to International Contracts*, *Uniform Law Review*, 1996, S. 652.

Wiener Übereinkommen nicht unmittelbar aufgrund seines Artikels 1 Absatz 1 anwendbar war⁴⁵. Dem *Hogen Raad* zufolge stand es den Parteien dennoch frei, das Wiener Übereinkommen als auf ihren Vertrag anwendbares Recht zu bestimmen. Bleibt noch die Frage nach den Wirkungen einer derartigen Rechtswahl. Bei einem reinen Inlandssachverhalt hätten die Vorschriften des Wiener Übereinkommens nicht an die Stelle der zwingenden Bestimmungen des mangels Rechtswahl anzuwendenden Rechts treten können. Da jedoch ein internationaler Vertrag vorlag, erkannte das höchste niederländische Gericht an, dass diese zwingenden Bestimmungen durch die Wahl des Übereinkommens verdrängt wurden⁴⁶. Es scheint also, dass aus der Sicht des *Hogen Rad* die Wahl des Wiener Übereinkommens eine Rechtswahl im Sinne des Art. 3 des Übereinkommens von Rom darstellt.

Frage 8: Sollten sich die Vertragsparteien Ihrer Ansicht nach unmittelbar für die Anwendung eines internationalen Übereinkommens oder sogar allgemeiner Rechtsgrundsätze entscheiden dürfen? Was spricht Ihrer Meinung nach für bzw. gegen eine solche Lösung?

3.2.4. *Parteiautonomie – Definition der stillschweigenden Rechtswahl (Artikel 3 Absatz 1)*

3.2.4.1. Gesetzgeberische Intention

Wird die Parteiautonomie dem Grundsatz nach anerkannt, muss noch festgestellt werden, ob die Parteien tatsächlich eine Rechtswahl getroffen haben. Gemäß Artikel 3 Absatz 1 Satz 2 muss „die Rechtswahl (...) ausdrücklich sein oder sich mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben“. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass manche Sprachfassungen elastischer erscheinen als andere⁴⁷, und dass divergierende Auslegungen in den verschiedenen Staaten auf diesen Unterschied in der Übersetzung zurückzuführen sein könnten.

Absicht des Gesetzgebers war es, eine Rechtswahl anzuerkennen, sofern sie zweifelsfrei - auch stillschweigend - getroffen wurde. Neben dem häufigen Fall der Aufnahme einer entsprechenden Klausel in den Vertrag kann sich die Rechtswahl auch aus anderweitigen Vertragsbestimmungen oder konkludent aus den Umständen des Falles ergeben. Ein Beispiel für den ersten Fall ist die Unterzeichnung eines auf einer bestimmten Rechtsordnung aufbauenden Formularvertrags oder Adhäsionsvertrags. Hierbei überlässt es das Übereinkommen den Gerichten, nachzuprüfen, ob tatsächlich eine - wenngleich stillschweigende - Rechtswahl getroffen wurde. Ein weiteres Beispiel ist der Fall, dass auf die Vorschriften eines bestimmten Gesetzes verwiesen wird, ohne dass für den Vertrag insgesamt eine entsprechende Rechtswahl getroffen würde. Bei einer aus den „Umständen des Falles“ abzuleitenden Rechtswahl ist etwa an den Fall zu denken, dass ein Vertrag eng mit einem früheren Vertrag zusammenhängt, für den eine ausdrückliche Rechtswahl getroffen wurde, oder dass ein Vertrag Teil einer umfassenden Transaktion ist und dass nur für den der gesamten Transaktion zugrundeliegenden ersten Vertrag eine Rechtswahl erfolgt ist⁴⁸.

⁴⁵ Das Wiener Übereinkommen ist nach seinem Artikel 1 Absatz 1 „auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien anzuwenden, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, a) wenn diese Staaten Vertragsstaaten sind oder b) wenn die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen.“

⁴⁶ Hoge Raad, 26.5.1989, NJ 1992 S. 105 und 5.1.2001, NJ 2001 S. 391.

⁴⁷ Die deutsche und die englische Fassung sprechen von „mit hinreichender Sicherheit“ bzw. „with reasonable certainty“, wohingegen die französische Formulierung eine „façon certaine“ fordert.

⁴⁸ Vgl. die Beispiele in dem erläuternden Bericht über das Übereinkommen von Giuliano und Lagarde, ABl. C 282 vom 31.10.1980.

Artikel 3 Absatz 1 Satz 2 schließt hingegen eine rein hypothetische, aus allzu mehrdeutigen Vertragsklauseln abgeleitete Rechtswahl aus. Hier liegt wiederum ein Fall einer fehlenden Rechtswahl durch die Parteien vor, und die Gerichte haben von den Vermutungen des Artikels 4 auszugehen.

3.2.4.2. Probleme mit der Anwendung von Artikel 3

Die Grenze zwischen stillschweigender Willensbekundung und rein hypothetischem Willen ist fließend. Eine Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass sich die Lösungen in diesem Punkt stark unterscheiden. Die deutschen und englischen Gerichte haben - vielleicht aufgrund des etwas weniger restriktiven Wortlauts dieses Artikels und unter dem Einfluss ihrer früheren Lösungen - weniger Bedenken als ihre Kollegen aus anderen Mitgliedstaaten, eine stillschweigende Rechtswahl zu bejahen.

Eine Frage, die sich immer wieder stellt, ist, inwiefern eine Gerichtsstands- oder Schiedsklausel als implizite Wahl des Rechts des Staates, dessen Gerichte oder Schiedsgerichte benannt werden, zu werten ist. Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn es für das Gericht ansonsten keinen Anhaltspunkt für eine entsprechende Rechtswahl gibt. Divergenzen sind auch in der Frage aufgetreten, welche Bedeutung der Bezugnahme auf technische Normen eines Landes oder der Verwendung von Rechtsbegriffen, die dem Recht eines bestimmten Staates eigen sind, durch die Parteien beizumessen ist.

3.2.4.3. Mögliche Lösungen

Wille des Gesetzgebers war es, den Gerichten ein weites Ermessen bei der Auslegung des Parteiwillens einzuräumen, weshalb Artikel 3 - bei dem es sich um eine Schlüsselbestimmung des Übereinkommens handelt - bewusst allgemein gehalten ist. Daher ist bei einer eventuellen Neufassung dieses Artikels besondere Zurückhaltung geboten:

- i. Mit der Umwandlung des Übereinkommens in ein Gemeinschaftsinstrument würde dem Gerichtshof automatisch die Zuständigkeit für dessen Auslegung übertragen. Da die Entscheidungen des Gerichtshofs zu Artikel 3 im Einzelfall und nur in rechtlicher und nicht in etwa tatsächlicher Hinsicht ergehen würden, wäre der Ausgang eines konkreten Rechtsstreits zwar nicht voraussehbar. Es ist jedoch anzunehmen, dass der Gerichtshof zumindest in den wichtigsten Punkten zur Auslegung von Artikel 3 Absatz 1 Stellung nehmen würde, um so die größten Zweifel auszuräumen⁴⁹.
- ii. Im künftigen Instrument könnte eine präzisere Definition der stillschweigenden Rechtswahl und der Mindestvoraussetzungen für die Annahme, dass eine solche vorliegt, gegeben werden.
- iii. Um eine einheitliche Anwendung des Übereinkommens zu begünstigen, scheint es angebracht, die Übersetzungen in die verschiedenen Sprachen anzugleichen.

Frage 9: Soll ein künftiges „Rom-I“-Instrument Ihrer Ansicht nach eine genauere Definition der stillschweigenden Rechtswahl enthalten oder – angenommen, das Übereinkommen wird in ein Gemeinschaftsinstrument umgewandelt – wird durch die Zuständigkeitsübertragung an den Gerichtshof eine hinreichende Rechtssicherheit gewährleistet?

⁴⁹ So könnte der Gerichtshof ggf. klarstellen, dass die Wahl der Gerichte eines bestimmten Staates noch keine Rechtswahl darstellt, wenn es hierfür ansonsten keine Anhaltspunkte gibt.

3.2.5. Wie verbindlich ist die allgemeine Vermutung des Artikels 4 Absatz 2?

3.2.5.1. Gegenwärtige Situation

Welches Recht soll auf einen Vertrag angewandt werden, wenn die Parteien weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Rechtswahl getroffen haben? Das Übereinkommen geht diesbezüglich von dem Grundsatz der engsten Verbindung aus; der Vertrag unterliegt somit nach Artikel 4 Absatz 1 dem Recht des Landes, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Diese Formulierung ist bewusst vage gehalten, so dass eine Würdigung der Anhaltspunkte, anhand deren sich der „Vertragsschwerpunkts“ ermitteln lässt, vorgenommen werden muss. Dies stellt die Gerichte vor eine schwierige Aufgabe, und ihre diesbezügliche Entscheidung lässt sich nicht mit Sicherheit voraussehen.

Um die Rechtssicherheit zu verbessern und den Gerichten die Bestimmung des anwendbaren Rechts zu erleichtern, stellt Artikel 4 Absatz 2 die allgemeine Vermutung auf, wonach *„der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt (...) hat“*⁵⁰. Die *„charakteristische Leistung“* ist die Leistung, die den Schwerpunkt des Vertrags bildet, d. h. grundsätzlich diejenige Leistung, für die eine Bezahlung geschuldet wird. Je nach Vertragstyp handelt es sich also um die Pflicht zur Eigentumsübertragung beim Kaufvertrag, zur Erbringung einer Dienstleistung bei einem Dienstvertrag, zur Beförderung bei einem Beförderungsvertrag, zur Versicherung bei einem Versicherungsvertrag usw. Artikel 4 führt also im Prinzip zur Anwendung des Rechts des Verkäufers oder Dienstleisters.

Das Gericht ist an diese Vermutung jedoch nicht gebunden, *„wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist“* (Artikel 4 Absatz 5). In diesem Fall greift wieder die allgemeine Regel ein, wonach zu ermitteln ist, zu welchem Recht der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist. Eine solche Vorschrift, die den Rückgriff auf die allgemeine Regel gestattet, wird als *„Ausweichklausel“* oder *„Ausnahmeklausel“* bezeichnet.

3.2.5.2. Aufgetretene Schwierigkeiten

Nach der Vorstellung vieler Kommentatoren des Übereinkommens sollte auf die Ausweichklausel des Artikels 4 Absatz 5 nur wohl bedacht und äußerst selten zurückgegriffen werden. Die häufige Anwendung führt zu einer größeren Unsicherheit hinsichtlich des anwendbaren Rechts – eine Unvorhersehbarkeit, die Art. 4 gerade verringern sollte.

Die Analyse der Rechtsprechung zeigt tatsächlich, dass die Gerichte die Ausweichklausel in mehreren Entscheidungen *ab initio* angewandt und umgehend nach dem Recht geforscht haben, bei welchem das Kriterium der engsten Verbindung am ehesten erfüllt ist, ohne zunächst von der Vermutung des Absatz 2 auszugehen.

3.2.5.3. Mögliche Lösungen

Die Lösung hängt maßgeblich davon ab, welcher Zweck der Kollisionsnorm zugeschrieben wird: Soll eine möglichst enge Verbindung zum betreffenden Staat gewährleistet werden - dann bietet sich eine offene Formulierung in der Art des Artikels 4 Absatz 5 an - oder will

⁵⁰ Für bestimmte Vertragstypen (Verträge über Grundstücksgeschäfte, Güterbeförderungsverträge) stellt das Übereinkommen anschließend besondere Vermutungen auf (Artikel 4 Absatz 3 und 4).

man mehr Rechtssicherheit - dies spräche für eine strikte Anwendung der in Artikel 4 Absatz 2 aufgestellten Vermutung.

Unter Berücksichtigung von Wortlaut und Geist des Übereinkommen ist vernünftigerweise davon auszugehen, dass die Gerichte zunächst von der Vermutung des Artikels 4 Absatz 2 ausgehen sollten. Auf die Ausweichklausel sollten sie nur zurückgreifen, wenn sich das auf diese Weise ermittelte Recht als ungeeignet erweist und sonstige Umstände die Anwendung eines anderen Rechts eindeutig nahe legen. Eben diese Regel wurde auch in einer Entscheidung des niederländischen Hoge Raads aufgestellt; das Gericht habe zunächst von der Vermutung des Artikels 4 Absatz 2 auszugehen und dürfe von der Anwendung des auf diese Weise ermittelten Rechts nur absehen, wenn dieses für die Regelung des betreffenden Falls offensichtlich ungeeignet sei⁵¹.

Artikel 4 könnte neugefasst werden, um seinen Wortlaut in diesem Sinne zu präzisieren. Eine Möglichkeit wäre die, Absatz 1 ganz einfach zu streichen, um den Ausnahmecharakter von Absatz 5 hervorzuheben. Eine andere Lösung bestünde in einer Änderung von Absatz 5. Hierbei könnte das künftige Rom-I-Instrument sich an den Vorentwurf eines Vorschlags für eine Ratsverordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht („Rom-II-Vorhaben“) anlehnen, dessen Ausweichklausel in Artikel 3 Absatz 3 gegenüber dem Übereinkommen von Rom zwei zusätzliche Bedingungen aufstellt: Zum einen muss eine unerlaubte Handlung „wesentlich“ engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweisen, und zum anderen darf es „keine bedeutende Verbindung zwischen dieser unerlaubten Handlung und dem Staat [geben], dessen Recht aufgrund der Absätze 1 und 2 anwendbar wäre“.

⁵¹ Nouvelles des Papeteries de l'Aa v. BV Machinenfabriek BOA, Hoge Raad, 25. September 1992 : When the characteristic performance could be ascertained, § 2 contained the main rule and the exception to that rule contained in § 5 should therefore be interpreted restrictively. In other words, § 2 should be disapplied only if, in the light of special factors, the country of habitual residence of the party carrying out the characteristic performance had “no real value as a connecting factor”.

Frage 10: Sollte der Wortlaut von Artikel 4 Ihrer Meinung dahingehend präzisiert werden, dass die Gerichte zunächst von der Vermutung des Absatz 2 auszugehen haben und von der Anwendung des auf diese Weise ermittelten Rechts nur absehen dürfen, wenn dieses im betreffenden Fall offensichtlich ungeeignet ist? Wenn ja, welchen Wortlaut würden Sie vorschlagen?

3.2.6. *Anwendung der speziell für Rechte an Grundstücken geltenden Vermutung auf Ferienmietverträge (Artikel 4 Absatz 3)*

3.2.6.1. Derzeitige Lösung

Hat ein Vertrag ein dingliches Recht an einem Grundstück oder ein Recht zur Nutzung eines Grundstücks zum Gegenstand (wie etwa ein Kaufvertrag oder ein entsprechender Vorvertrag oder ein Mietvertrag für eine Wohnung), so wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen zu dem Staat aufweist, in dem das Grundstück belegen ist (Artikel 4 Absatz 3). Diese Regelung geht auf den Willen der Staaten zurück, in ihrem Hoheitsgebiet belegene Grundstücke insbesondere wegen deren Bedeutung für die soziale und wirtschaftliche Organisation des Landes ihrem eigenen Recht zu unterstellen.

3.2.6.2. Probleme mit der Anwendung dieses Artikels

Die besondere Vermutung für Rechte an Grundstücken gilt auch für die kurzfristige Vermietung von Ferienunterkünften. Hierbei ist folgender Fall denkbar: Ein Vermieter (Privatperson oder Reiseveranstalter) mit Wohnsitz in Deutschland, der ein Haus in Südspanien hat, vermietet dieses an deutsche Urlauber. Ein Mieter ist mit dem Zustand des Hauses unzufrieden und möchte nachträglich die Miete mindern. Der zwischen zwei Personen mit Wohnsitz in Deutschland geschlossene Mietvertrag würde nach Artikel 4 Absatz 3 spanischem Recht unterliegen⁵².

Wie bereits im erläuternden Bericht zum Übereinkommen ausgeführt wird, kann der Richter in diesem Fall Art. 4, Absatz 5 anwenden, was tatsächlich in manchen Entscheidungen geschehen ist⁵³.

In der Wissenschaft wird jedoch kritisiert, dass dieser Rückgriff auf die Bestimmung des Art. 4 Absatz 5 zu häufig wird, was die Rechtssicherheit verringert, und die rechtliche Beurteilung weniger vorhersehbar macht.

Im übrigen ist ungewiss, ob diese Lösung mit der „Brüssel-I“-Verordnung in Einklang steht, deren Artikel 22 Absatz 1 Satz 2, anders als das Übereinkommen von 1968, unter bestimmten Umständen eine Alternative zur ausschließlichen Zuständigkeit der Gerichte des Lageorts des Grundstücks vorsieht, wenn es sich um „die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen zum vorübergehenden privaten Gebrauch für höchstens sechs aufeinander folgende Monate“ handelt. Unter diesen Voraussetzungen können die Parteien also von dem ausschließlichen

⁵² Bei einem privaten Mietvertrag kann sich der Mieter nicht auf die Verbraucherschutzbestimmungen des Artikels 5 berufen. Handelt der Vermieter im Rahmen eines Gewerbes, schließt Artikel 5 Absatz 4 b) die Anwendung des Rechts des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts aus.

⁵³ Vgl. BGH, 12. Oktober 1998, IPRAX 1990, S. 318: Anwendung des deutschen Rechts auf einen Vertrag in dem ein deutsches Reisebüro seiner deutschen Kundschaft Ferienunterkünfte in Frankreich zur Verfügung gestellt hatte.

Gerichtsstand am Belegenheitsort abweichen und das Forum des Mitgliedsstaats wählen, in dem der Eigentümer und Mieter ihren Wohnsitz haben.

3.2.6.3. Mögliche Lösung

Die GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ schlägt vor, in Artikel 4, Absatz 3 eine Vorschrift bezüglich Ferienmieten einzufügen, die sich an Art. 22 § 1 der Verordnung „Brüssel I“ orientiert und die wie folgt lauten könnte: „Die Miete einer Immobilie im Hinblick auf eine zeitweise persönliche Nutzung für eine maximale Dauer von sechs hintereinander folgenden Monaten untersteht dem Recht des Staates in welchem der Eigentümer seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder seine Niederlassung hat, wenn der Mieter eine natürliche Person ist und sein gewöhnlicher Aufenthalt ebenfalls in diesem Staat ist.“⁵⁴ Wenn eine solche Vorschrift in Artikel 4, Absatz 3 eingefügt wird, kann der Richter immer auf Artikel 4 Absatz 5 zurückgreifen, um den starren Charakter dieser Vorschrift einzuschränken.

Frage 11: Halten Sie es für zweckmäßig, eine Klausel für kurzfristige Mietverträge für Ferienunterkünfte aufzunehmen (nach dem Vorbild von Artikel 22 Nr. 1 Absatz 2 der „Brüssel-I“-Verordnung), oder reicht die jetzige Regelung aus?

3.2.7. Verbraucherschutz (Artikel 5)

3.2.7.1. Kurzer Überblick über Inhalt und Anwendungsbereich der Schutzvorschriften des Artikels 5

Seit den 70er Jahren hat sich das Verbraucherrecht als neues Sonderrecht, das dem Kräfteungleichgewicht zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibendem Rechnung tragen soll, stark entwickelt. Besondere Vorschriften - etwa über die Unwirksamkeit missbräuchlicher Klauseln oder die Möglichkeit, innerhalb einer bestimmten Frist vom Vertrag zurückzutreten - sollen den Verbraucher nunmehr vor unbedacht eingegangenen Verpflichtungen bewahren.

Die Bestimmungen des Verbraucherschutzrechts des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers, auf deren Schutz er grundsätzlich vertraut, wären im internationalen bzw. innergemeinschaftlichen Handel jedoch praktisch wirkungslos, wenn sie ganz einfach durch die Wahl eines ausländischen Rechts umgangen werden könnten. Damit die Verbraucher - denen im Binnenmarkt eine Schlüsselrolle zukommt, da dessen Erfolg von ihrer aktiven Beteiligung abhängt - sich in dieser Beziehung keine Sorgen zu machen brauchen, enthält das Übereinkommen von Rom diesbezüglich besondere Kollisionsnormen.

Artikel 5 soll aber auch ein gewisses Gleichgewicht zwischen den Parteien herstellen. Daher werden die Anwendungsvoraussetzungen dieses Artikel genau spezifiziert.

Artikel 5 stellt eine zweifache Regel auf. Zum einen ist für den Vertrag mangels Rechtswahl das Recht des Staates maßgebend, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Artikel 5 Absatz 3). Zum anderen „darf die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen,

⁵⁴ Beim künftigen Instrument wird in diesem Zusammenhang jedoch auf die Kohärenz der Rechtsterminologie zu achten sein, da Artikel 22 der „Brüssel-I“-Verordnung den Begriff der „natürlichen Person“ verwendet, der sich als weniger eng als der Begriff des „Verbrauchers“ erweisen könnte.

dass dem Verbraucher der durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gewährte Schutz entzogen wird“ (Artikel 5 Absatz 2). Die Anwendung dieser letzten Bestimmung führt zu einer Situation, die mit dem Ausdruck „dépeçage“ (oder auch „Aufspaltung“) bezeichnet wird, d. h. dass verschiedene Teile desselben Vertrages zwei oder mehreren Rechtsordnungen unterliegen. So wird ein Vertrag zwischen einem in Staat A lebenden Verbraucher und einem in Staat B niedergelassenen Gewerbetreibenden häufig eine Klausel enthalten, wonach das Recht von Staat B anwendbar ist. Liegen die Voraussetzungen von Artikel 5 des Übereinkommens vor, so werden die Gerichte daneben gleichwohl die „ordre public“-Vorschriften von Staat A anwenden, die dem Schutz der Verbraucher dienen⁵⁵. Sie werden daher auf ein und denselben Vertrag das Recht zweier unterschiedlicher Staaten anwenden.

Was die Voraussetzungen für die Anwendung der Schutzvorschriften des Artikels 5 betrifft, so ist deren Anwendungsbereich auf bestimmte Arten von Verträgen⁵⁶ beschränkt, die unter ganz bestimmten Umständen (von denen es genau drei gibt)⁵⁷ mit einem Verbraucher geschlossen wurden, wobei der Verbraucherbegriff restriktiv definiert wird. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der „mobile“ Verbraucher (also der Verbraucher, der sich zum Einkaufen oder um eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen in ein anderes Land als das seines gewöhnlichen Aufenthalts begibt) von den Fällen abgesehen, in denen der Verkäufer grenzüberschreitende Kaffeefahrten veranstaltet, grundsätzlich nicht geschützt ist. Für ihn gelten die allgemeinen Kollisionsnormen der Artikel 3 und 4, die im Allgemeinen zur Anwendung des Rechts des Staates des Geschäftssitzes des Verkäufers bzw. Dienstleisters führen.

3.2.7.2. Aufgetretene Schwierigkeiten

Artikel 5, der zu einer Zeit abgefasst wurde, als sowohl das Verbraucherrecht als auch die Vermarktungsverfahren im Fernabsatz noch in den Kinderschuhen steckten, wird häufig kritisiert. So hat etwa Österreich zur Vorbedingung seines Beitritts zum Übereinkommen von Rom gemacht, dass über eine Neufassung dieses Artikels nachgedacht würde⁵⁸.

Ein Teil der Lehre ist der Auffassung, dass Artikel 5 den so genannten „mobilen“ Verbraucher nicht angemessen schützt. Die Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass ein Verbrauchervertrag, der keinen der in diesem Artikel genannten Tatbestände erfüllt, unter Umständen einem ausländischen Recht unterliegt, das keinerlei Verbraucherschutzvorschriften kennt. Noch ungünstiger ist die Lage des Verbrauchers, wenn

⁵⁵ Hierbei geht es insbesondere um das Rücktrittsrecht des Verbrauchers und um den Schutz vor so genannten „missbräuchlichen“ Klauseln wie etwa solchen, die den Gewerbetreibenden im Schadensfall von jeder Haftung freistellen.

⁵⁶ Artikel 5 findet auf folgende Arten von Verträgen Anwendung: Verträge über die Lieferung beweglicher Sachen, Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen sowie Verträge zur Finanzierung eines solchen Geschäfts.

⁵⁷ Im Einzelnen handelt es sich um die drei folgenden Fälle: Erstens, dass dem Vertragsschluss ein ausdrückliches Angebot (etwa durch Zusendung eines Katalogs oder eines Vertragsangebots) oder eine Werbung (ob im Rundfunk, Fernsehen, in der Presse, auf Plakaten usw.) im Land des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers vorangegangen ist und der Verbraucher in diesem Land die zum Vertragsschluss erforderlichen Handlungen vorgenommen hat. Zweitens, dass der Gewerbetreibende die Bestellung im Land des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers entgegengenommen hat. Und drittens den besonderen Fall, dass der Gewerbetreibende eine grenzüberschreitende Kaffeefahrt veranstaltet, um den Verbraucher zum Abschluss eines Kaufvertrags zu veranlassen.

⁵⁸ Vgl. oben Fußnote 26.

die Rechtsprechung ihm zudem das Recht auf Anwendung der zwingenden Bestimmungen des eigenen Rechts nicht zuerkennt, wie in einem bekannten Fall in Deutschland geschehen⁵⁹.

Zwar haben heute dank den „Verbraucherrichtlinien“ alle in der Europäischen Union lebenden Verbraucher Anspruch auf einen gemeinschaftlichen Mindeststandard an Schutz⁶⁰. Man darf aber nicht vergessen, dass diese Richtlinien nicht alle Aspekte des Verbraucherschutzrechts abdecken. Zudem können von Land zu Land Unterschiede bestehen bleiben, insbesondere bei Nichtumsetzung einer Richtlinie durch einen Mitgliedstaat. Da Richtlinien keine horizontale Wirkung entfalten, kann sich ein Verbraucher seinem Vertragspartner gegenüber nicht auf eine Bestimmung einer Richtlinie berufen, die nicht in das betreffende nationale Recht umgesetzt wurde⁶¹. Und schließlich wird durch viele Richtlinien der Gemeinschaft nur ein Mindestmaß an Schutz eingeführt, der hinter dem Schutz zurückbleibt, den die Verbraucher in einigen Mitgliedstaaten genießen.

Die Kritik an Artikel 5 betrifft auch die Kriterien zur Abgrenzung von besonders schutzwürdigen Verbraucher und Verbrauchern, die den allgemeinen Bestimmungen des Übereinkommens unterliegen. Diese Kriterien bestimmen die Voraussetzungen für eine Anwendung des Artikels 5⁶². Sie scheinen angesichts der Entwicklung der neuen Vertriebsverfahren im Fernabsatz nicht mehr zeitgemäß. Um zu beurteilen, ob ein Vertrag in den Anwendungsbereich von Artikel 5 fällt, ist durchwegs eine Verortung von Vorgängen wie Werbung, dem Vertragsschluss oder dem Zugang der Bestellung erforderlich (Artikel 5 Absatz 2). Außerdem steht diese Regelung nicht mehr mit Artikel 15 der so genannten „Brüssel-I“-Verordnung in Einklang, der für die Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften unabhängig von der Art des Fernabsatzgeschäftes zur Bedingung macht, dass ein Unternehmen seine Tätigkeit auf den Mitgliedstaat ausrichtet, in

⁵⁹ Vgl. das nachfolgend in Fußnote 61 zitierte BGH-Urteil vom 19. März 1997. Demgegenüber hat die französische Cour de Cassation vor kurzem bestimmte Vorschriften aus dem französischen Verbrauchergesetzbuch aus dem Bereich der Überschuldung als Eingriffsnorm qualifiziert (Civ I, 10.7.2001, Bull. N° 000-04-104).

⁶⁰ Vgl. oben 3.1.2.

⁶¹ Auf die Nichtumsetzung einer Gemeinschaftsrichtlinie gehen die beiden Serien von Rechtsstreitigkeiten in den sogenannten „Gran Canaria-Fällen“ zurück, die vor deutschen Gerichten bis hin zum BGH ausgetragen wurden. Deutsche Urlauber waren auf der spanischen Insel Gran Canaria den unlauteren Praktiken eines deutschen Bettwarenherstellers zum Opfer gefallen. Dieser hatte sich mit einem spanischen Unternehmer abgesprochen, der vor Ort kostenlose Busfahrten in ein Vogelreservat veranstaltete. Auf der Fahrt wurde für die Produkte des deutschen Unternehmens geworben, und den Touristen wurde ein vorgedruckter „Kaufvertrag“ ausgehändigt, den sie unterzeichnen sollten, ohne vorerst irgendetwas zahlen zu müssen. Den Betroffenen wurde mitgeteilt, dass sie bei ihrer Rückkehr nach Deutschland eine Auftragsbestätigung des deutschen Unternehmens erhalten würden. Es kam zum Rechtsstreit, als einige Touristen sich in Deutschland weigerten, den vom deutschen Unternehmen geforderten Kaufpreis zu zahlen und sich auf das ihm nach deutschem Recht gemäß der Richtlinie 85/577/EWG zustehende Rücktrittsrecht beriefen. Rechtlich war fraglich, ob für die Rechtsstreitigkeiten das verbraucherfreundliche deutsche Recht oder das vertraglich vereinbarte spanische Recht maßgeblich war, das kein Rücktrittsrecht kannte, weil die Richtlinie zum betreffenden Zeitpunkt in Spanien noch nicht umgesetzt worden war. Im zweiten Fall waren deutsche Urlauber auf den Kanarischen Inseln auf Werbeveranstaltungen zum Abschluss von Time-sharing-Verträgen für die Nutzung von Ferienappartements gedrängt worden. Die Verträge, von denen einige dem Recht der Isle of Man und andere spanischem Recht unterlagen, enthielten eine Klausel, wonach der Erwerber des Nutzungsrechts auf das ihm nach deutschem Recht und nach Gemeinschaftsrecht zustehende Widerrufsrecht verzichtete. Fraglich war daher, ob die Verbraucher sich entgegen der in ihrem Vertrag getroffenen Rechtswahl auf deutsches Recht berufen konnten. Der BGH wies alle Versuche zurück, die Anwendung der deutschen Verbraucherschutzgesetze - etwa unter Berufung auf deutsche Eingriffsnormen - zu rechtfertigen.

⁶² Vgl. oben Fußnote 57.

dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, und dass der Vertragsschluss im Rahmen dieser Tätigkeit erfolgt⁶³.

Schließlich wird auch die Anwendung der Technik des „dépeçage“ in Frage gestellt. Neben den theoretischen Fragen⁶⁴, die diese Vorgehensweise aufwirft, wird auch zu prüfen sein, welche Schwierigkeiten sich für die Gerichte in der Praxis hieraus ergeben könnten.

3.2.7.3. Mögliche Lösungen

Bei den Überlegungen über eine Neufassung von Artikel 5 dürfen allgemeine Gesichtspunkte nicht aus den Augen verloren werden; dazu zählen in erster Linie der Schutz des Verbrauchers (insbesondere, wenn der Sachverhalt in all seinen Teilen innerhalb der Europäischen Union belegen ist) sowie der Interessenausgleich zwischen den Parteien. Darüber hinaus sollten die künftigen Regeln auch klar, allgemein und möglichst umfassend sein, damit es den Parteien schon im Voraus möglich ist, das auf ihr Vertragsverhältnis anwendbare Recht mit Sicherheit zu bestimmen.

Hierbei wird sowohl zu überlegen sein, auf welche Weise der Verbraucher geschützt werden soll (Anwendung welchen Rechts?), als auch, welche Kriterien ein Verbraucher erfüllen muss, um in den Genuss der Schutzvorschriften zu kommen (Bestimmung der Anwendungsvoraussetzungen dieser Vorschriften).

Als Diskussionsgrundlage könnten folgende Lösungsvorschläge dienen:

- i. Beibehaltung der gegenwärtigen Regelung unter Hinzufügung einer Generalklausel, die die Anwendung eines gemeinschaftlichen Minimalstandards sicherstellt (vgl. oben 3.1.1). Mit dieser Lösung könnten die krassesten Fälle, in denen ein Verbraucher aus der Gemeinschaft schutzlos gestellt ist, unterbunden werden. Jedoch würde eine solche Generalklausel zwar zur Einhaltung bestimmter gemeinschaftsrechtlicher Normen verpflichten, aber die Frage des anwendbaren Rechts offen lassen. Damit würde diese Lösung von einem ganz anderen Ansatz ausgehen als dies bei anderen Kollisionsnormen der Fall ist, und daher ist anzunehmen, dass sie Ausnahmecharakter haben sollte. Vor allem aber decken die EG-Richtlinien noch nicht alle Aspekte des Verbraucherrechts ab, so dass der vom nationalen Recht bereitgestellte Schutz weiterhin von großer Bedeutung wäre.
- ii. Beibehaltung der gegenwärtigen Regelung unter Änderung ihrer Anwendungsvoraussetzungen, um mobile Verbraucher sowie eventuell auch bislang ausgenommene Vertragstypen zu erfassen. Man kann sich nämlich auch auf den Standpunkt stellen, dass die gegenwärtige Regelung grundsätzlich zufrieden stellend ist und dass es genügen würde, ihren Anwendungsbereich zu erweitern (vgl. unten vi).
- iii. Generelle Anwendung von Artikel 3 und 4 des Übereinkommens, mit dem Ergebnis, dass grundsätzlich das Recht des Gewerbetreibenden zur Anwendung käme, im

⁶³ Vgl. die Gemeinsame Erklärung der Kommission und des Rates bezüglich der Artikel 15 und 73 der Brüssel-I-Verordnung unter http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil_de.htm.

⁶⁴ Beim so genannten „dépeçage“ stellt sich insbesondere folgende Frage: Wie ist zu verfahren, wenn die Verbraucherschutzvorschriften von Staat B günstiger sind als diejenigen von Staat A? Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, wie Verbraucherschutz aufgefasst wird. Bedeutet Verbraucherschutz, dass das dem Verbraucher vertraute Recht angewandt, also seinen legitimen Erwartungen Rechnung getragen wird? Oder muss das für ihn in der Sache günstigste Recht zur Anwendung kommen?

Gegenzug aber auch die zwingenden Bestimmungen des Wohnsitzstaats des Verbrauchers: Die Groupe européenne de droit international privé schlägt vor, Artikel 3 und 4 des Übereinkommens grundsätzlich auf Verbraucherverträge anzuwenden und zugleich die derzeitige Regelung des Artikels 5 Absatz 2 auszuweiten. In der Praxis würde dies bedeuten, dass auf Verbraucherverträge unabhängig davon, ob die Parteien eine entsprechende Rechtswahl treffen, das Recht des Staates wo der Gewerbetreibende niedergelassen ist, anwendbar wäre, die Gerichte aber auf jeden Fall auch die zwingenden Verbraucherschutzvorschriften des Wohnsitzstaates des Verbrauchers anzuwenden hätten. Diese Lösung hätte den Vorteil, dass das anwendbare Recht für den Gewerbetreibenden eher voraussehbar wäre. Die Vorhersehbarkeit könnte durch eine Bestimmung noch verbessert werden, wonach die "ordre-public" Bestimmungen des Wohnsitzstaates des Verbrauchers nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Gewerbetreibende dessen Wohnsitz im Ausland auch tatsächlich kennen konnte (vgl. unten Lösung vii). Jedoch würde es bei dieser Lösung zu einer Zunahme der Fälle des „dépeçage“ kommen, und es wäre zu prüfen, welche Schwierigkeiten sich hierdurch in der Praxis ergeben könnten.

- iv. Die Lösungen (ii) und (iii) erfordern, dass man die „ordre public“ Bestimmungen des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers identifiziert. Es wurde vorgeschlagen, dass in den Bereichen, in denen eine Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene besteht, die Verbraucherschutzregeln des von den Parteien gewählten Rechts Anwendung finden. Die „ordre public“ Bestimmungen des Rechts des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Verbrauchers würden das gewählte Recht lediglich verdrängen, wenn keine Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene vorliegt.
- v. Systematische Anwendung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Verbrauchers. Diese Lösung würde sich durch ihre Klarheit auszeichnen, und ein „dépeçage“ des Vertrags würde vermieden. Sie würde damit zu mehr Rechtssicherheit beitragen und eine zügigere Durchführung und somit eine Reduzierung der Kosten von Gerichtsverfahren ermöglichen; dies wäre für beide Parteien von Vorteil. Auch hier wäre zu klären, unter welchen Voraussetzungen diese Regelung anwendbar wäre (s. unten vi).
- vi. Im Rahmen der Optionen (ii), (iii) und (v) müsste man immer deren Anwendbarkeitsvoraussetzungen untersuchen, um die Trennlinie zwischen den bei grenzüberschreitenden Rechtsgeschäften besonders geschützten Verbrauchern und den von diesem Schutz ausgenommenen Verbrauchern zu ziehen⁶⁵. Bei dem traditionellen Ansatz, der dem Brüsseler Übereinkommen von 1968 und dem Übereinkommen von Rom zugrunde liegt, wird der Standpunkt des Verbrauchers eingenommen, indem der Schutz denjenigen versagt wurde, die bewusst das „Risiko des Außenhandels“ eingehen. Wie weiter oben ausgeführt, ist dieses Kriterium, das eine Lokalisierung der Handlungen der Parteien erforderlich macht, im Zeitalter der neuen Vertriebstechnologien im Fernabsatz (Pay-TV, Internet) wenig hilfreich. Daher könnte eine weitere Lösung darin bestehen, für die Anwendbarkeit der Verbraucherschutzvorschriften des Artikels 5 auf das Verhalten des Gewerbetreibenden abzustellen. So könnte das künftige „Rom-I“-Instrument sich an die „Brüssel-I“-Verordnung anlehnen, die eine zweifache Bedingung enthält: der

⁶⁵ Es gibt Fälle, in denen die Anwendung des Rechts des Verbrauchers nicht wirklich in Frage kommt, etwa, wenn ein belgischer Tourist bei einer Reise nach Portugal in einem Geschäft ein defektes Videogerät erwirbt.

Verbraucher ist nur dann geschützt, wenn der Gewerbetreibende seine Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgerichtet und im Rahmen dieser Tätigkeit im Fernabsatz mit ihm einen Vertrag geschlossen hat⁶⁶. Hierbei könnte man auch über die Möglichkeit nachdenken, eine Gemeinschaftsdefinition des Begriffs „Tätigkeit ausrichten“ einzuführen – eine Definition, die zum Beispiel aus einem Indizienbündel besteht.

- vii. Durch Einbeziehung von Elementen der Rechtsscheinthorie, ergibt sich eine Variante zu Lösung (vi), wenn es um die Bestimmung der Voraussetzungen für eine Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften geht. So könnte ein künftiges Instrument vorsehen, dass es auf das Kriterium des Aufenthaltsortes des Verbrauchers nur insofern ankommt, als der Gewerbetreibende diesen kannte oder aufgrund des Verhaltens des Verbrauchers hätte kennen müssen. Dies würde den Gewerbetreibenden vor der Anwendung eines fremden Rechts bewahren, wenn der Verbraucher ihm keinerlei Anhaltspunkt für seinen ausländischen Aufenthaltsstaat (aber nicht unbedingt für seine genaue Anschrift) gegeben hat; hierbei müsste der Gewerbetreibende dem Verbraucher Gelegenheit zu solchen Angaben geben⁶⁷.
- viii. Einem völlig anderen Ansatz würde man folgen, wenn man nicht mehr danach fragen würde, ob ein Verbraucher eines besonderen Schutzes würdig ist oder nicht, sondern wenn man eine einheitliche Regel für alle Verbraucher aufstellen würde. Man könnte auf ein Wahlrecht bei allen Verbraucherverträgen abstellen, welches jedoch nicht das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes ist. Im Gegenzug wäre die Rechtswahl auf das Recht des Landes, in dem der Gewerbetreibende niedergelassen ist, beschränkt. Die Wirksamkeit einer solchen Wahl stünde unter der Bedingung, dass der Gewerbetreibende den Nachweis erbringt, dass der Verbraucher die Rechtswahl wohl informiert getroffen hat und dass der Verbraucher vorab über alle Rechte und Pflichten belehrt worden ist, die sich für ihn aus der Anwendung dieses Rechts ergeben (Rücktritts- und Umtauschrecht, Gewährleistungsdauer und -bedingungen usw.). Gelänge dem Gewerbetreibenden dieser Nachweis nicht, so würden die Gerichte entweder das Recht des Verbrauchers oder die „ordre public“ Bestimmungen dieses Rechts anwenden. Insofern, als eine solche Lösung der Durchsetzung eines gemeinschaftlichen Mindeststandards an Verbraucherschutz dienen würde, würde sie selbstredend nur dann greifen, wenn der Gewerbetreibende seinen Geschäftssitz in einem Mitgliedstaat hat. Bei einem außerhalb der

⁶⁶ Vgl. die Erklärung der Kommission und des Rates zu Artikel 15 der Verordnung „Brüssel I“ (veröffentlicht unter: http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/justciv_conseil/justciv_de.pdf), in der diesbezüglich ausgeführt wird, dass es für die Anwendung von Verbraucherschutzvorschriften nicht genügt, dass ein Unternehmen seine Tätigkeiten auf den Mitgliedstaat ausrichtet, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, sondern dass im Rahmen dieser Tätigkeiten auch ein Vertrag geschlossen werden muss. Es wird betont, „dass die Zugänglichkeit einer Website allein nicht ausreicht, um die Anwendbarkeit von Artikel 15 zu begründen; vielmehr ist erforderlich, dass diese Website auch den Vertragsabschluss im Fernabsatz anbietet und dass tatsächlich ein Vertragsabschluss im Fernabsatz erfolgt ist, mit welchem Mittel auch immer. Dabei sind auf einer Website die benutzte Sprache oder die Währung nicht von Bedeutung“. Bei den Websites, auf die dieser Erklärung abstellt, muss es sich nicht unbedingt um so genannte „interaktive“ Websites handeln. Auch eine Website, auf der zur Aufgabe einer Bestellung per Fax aufgefordert wird, ist auf den Abschluss von Verträgen im Fernabsatz gerichtet. Dies gilt hingegen nicht für eine Website mit Produktinformationen, die sich zwar an Verbraucher weltweit wendet, sie aber für den Vertragsschluss an einen örtlichen Vertragshändler oder Vertreter verweist.

⁶⁷ So hat der Gewerbetreibende etwa bei übers Internet abgeschlossenen Verträgen dafür Sorge zu tragen, dass sich anhand seines Standardformulars der Aufenthaltsort des Verbrauchers feststellen lässt.

Gemeinschaft niedergelassenen Gewerbetreibenden würden die „ordre public“-Bestimmungen des Rechts des Verbrauchers auch bei einer anderweitigen Rechtswahl anwendbar bleiben, und er müsste einen „dépeçage“ des Vertrags in Kauf nehmen.

Unabhängig davon, welche Lösung letztendlich umgesetzt wird, ist zu bedenken, dass Rechtsstreitigkeiten mit Verbrauchern wegen des geringen Streitwerts nur selten vor Gericht ausgetragen werden. Die Frage des auf Verbraucherverträge anwendbaren Rechts ist daher vor dem Hintergrund der gegenwärtig auf Ebene der Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission unternommenen Bemühungen um eine Förderung alternativer Verfahren zur Konfliktlösung (u. a. auch auf elektronischem Wege) zu prüfen⁶⁸.

Frage 12: Beurteilung der Verbraucherschutzvorschriften

- A) Wie beurteilen Sie die derzeitigen Verbraucherschutzvorschriften? Halten Sie sie insbesondere mit Blick auf die Entwicklung des E-Commerce noch für angemessen?**
- B) Liegen Ihnen Informationen über die Auswirkungen der derzeitigen Regelung auf a) Unternehmen im Allgemeinen; b) kleine und mittelständische Unternehmen; c) Verbraucher vor?**
- C) Welcher der vorgeschlagenen Lösungen geben Sie den Vorzug und warum? Kämen weitere Lösungen in Frage?**
- D) Welche Auswirkungen hätten die verschiedenen in Frage kommenden Lösungen für a) Unternehmen im Allgemeinen; b) kleine und mittelständische Unternehmen; c) Verbraucher?**

3.2.8. *Fragen bezüglich der Definition des Begriffs der „zwingenden Bestimmungen“ bzw. „zwingenden Vorschriften“*

3.2.8.1. Der Begriff „zwingende Bestimmungen“ bzw. „zwingende Vorschriften“ deckt unterschiedliche Konzepte ab

In Artikel 3 Absatz 3 sowie in den Artikeln 5, 6, 7 und 9 des Übereinkommens wird auf „zwingende Bestimmungen“ bzw. „zwingende Vorschriften“ abgestellt. Was ist darunter zu verstehen? Im innerstaatlichen Recht der verschiedenen Länder gibt es zahlreiche - auch als interne „ordre public“-Vorschriften bezeichnete - zwingende Rechtsvorschriften, die der Aufrechterhaltung der Wirtschafts- und Sozialordnung eines Landes dienen. Bei diesen Bestimmungen, die von den Parteien nicht vertraglich abbedungen werden können, handelt es sich insbesondere um Vorschriften zum Schutz des schwächeren Vertragsteils (Verbraucher, Arbeitnehmer, Autor bei Vertragsverträgen, Minderjähriger, Handelsvertreter)⁶⁹. Unterliegt ein Vertrag ausländischem Recht, so haben diese Personen jedoch keinen Anspruch auf die Anwendung der zwingenden Bestimmungen des „ordre public“ ihres eigenen Staates - es sei denn, die besonderen Vorschriften des Übereinkommen (Artikel 5 und 6) würden diese ausdrücklich vorsehen.

⁶⁸ Vgl. das Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, KOM (2002) 196 endg.

⁶⁹ Wie etwa die arbeitsrechtlichen Vorschriften über Arbeits- und Gesundheitsschutz, Mindestlöhne, bezahlten Urlaub und die Beurlaubung im Krankheitsfall.

Die zwingenden Vorschriften des Artikel 7 - auch „Eingriffsnormen genannt“ im Blick hat, haben einen anderen Charakter und kommen nur bei internationalen Sachverhalten zum Tragen. Es handelt sich um Vorschriften, denen ein Staat so viel Bedeutung beimisst, dass er unabhängig davon, welches Recht im Übrigen auf einen Vertrag anwendbar ist, auf ihrer Einhaltung besteht, sobald der Sachverhalt Berührungspunkte mit seinem Hoheitsgebiet aufweist. Diese Vorschriften weisen eine Besonderheit auf: Die Gerichte wenden sie von Amts wegen an, ohne zuvor anhand der nationalen Kollisionsnormen das anwendbare Recht zu bestimmen und zu prüfen, ob dessen Inhalt mit der im Gerichtsstaat geltenden Werteordnung unvereinbar ist⁷⁰. Artikel 7 enthält keine Aufzählung derartiger Eingriffsnormen. Die Gerichte müssen im Einzelfall anhand der eigenen Rechtsordnung feststellen, ob eine Eingriffsnorm vorliegt, und diese Frage ist nicht immer leicht zu beantworten.

Der Unterschied zwischen beiden Arten von Vorschriften soll am Beispiel des französischen Kündigungsschutzrechts verdeutlicht werden, das ein zwingendes Gesetz im Sinne des internen „ordre public“ ist. Jede Vereinbarung zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer, mit der letzterer für den Fall seiner Entlassung auf die Zahlung einer Abfindung verzichtet oder einer entschädigungslosen Herabsetzung der Kündigungsfrist zustimmen würde, wäre daher unwirksam. Hingegen ist dieses Gesetz nach der Rechtsprechung der französischen Gerichte keine Eingriffsnorm im Sinne von Artikel 7, das unabhängig von dem auf den Vertrag anwendbaren Recht zur Anwendung käme⁷¹. Folglich hat ein französischer Arbeitnehmer, dessen Arbeitsvertrag wirksam ausländischem Recht unterstellt wurde (siehe dazu unten 3.2.9), keinen Anspruch darauf, dass das französische Kündigungsschutzrecht auf seinen Fall angewandt wird.

3.2.8.2. Aufgetretene Schwierigkeiten

Teilweise wird die Ansicht vertreten⁷², dass nicht zweifelsfrei feststehe, wie sich die zwingenden Bestimmungen nach Artikel 5 zu den zwingenden Vorschriften gemäß Artikel 7 verhielten. Artikel 5 sei ein Unterfall der Anwendung des Artikels 7, da beide das regelmäßig anwendbare Recht verdrängten. Folglich könne Artikel 7 nicht eingreifen, wenn die Voraussetzungen des Artikels 5 nicht vorlägen. Folgt man dieser Auffassung, so wird dem schon durch Artikel 5 nicht geschützte mobile Verbraucher auch noch der Schutz der als Sicherheitsventil fungierenden zwingenden Vorschriften im Sinne des Artikels 7 versagt. Wenngleich die Rechtsprechung dieser Auslegung gefolgt ist⁷³, wird dieser Standpunkt von der h. M. heftig kritisiert.

⁷⁰ Wie sie es bei den in Artikel 16 des Übereinkommens vorgesehenen Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung tun müßten.

⁷¹ Cour d'appel de Paris, 22. März 1990, D. 1990, Somm., S. 176.

⁷² P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP 1991, S. 316.

⁷³ BGH, 19. März 1997 (Rechtssache VIII ZR 316/96). Deutsche Touristen hatten bei einem Urlaubsaufenthalt in Spanien unter zweifelhaften Bedingungen Time-sharing-Verträge für Ferienappartements unterschrieben. Auf diese Verträge war das Recht der Isle of Man oder spanisches Recht anwendbar, und sie enthielten eine Klausel, mit der der Erwerber des Wohnrechts auf sein Widerrufsrecht verzichtete. Nach ihrer Rückkehr nach Deutschland beriefen sich einige Touristen auf das im deutschen Recht vorgesehene Rücktrittsrecht. Da die Schutzvorschriften des Artikels 5 auf die Touristen als „mobile“ Verbraucher nicht anwendbar waren, hatte die Vorinstanz erklärt, dass es sich bei dem deutschen Rücktrittsrecht um eine zwingende Vorschrift im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 des Übereinkommens handele. Diese Argumentation wurde vom BGH mit der Begründung verworfen, dass die Anwendung deutschen Rechts gemäß Artikel 7 nur möglich sei, wenn die in Artikel 5 Absatz 2 für unter diesen Artikel fallende Verträge aufgestellte Bedingung eines Inlandsbezugs erfüllt sei. Heute

Ganz allgemein scheint die Verwendung ein und desselben Begriffs für völlig unterschiedliche Sachverhalte eine gewisse Verwirrung hinsichtlich der Auslegung des Übereinkommens zu stiften.

3.2.8.3. Mögliche Lösungen

In einem zukünftigen Instrument könnte deutlich gemacht werden, dass der Anwendungsbereich beider Artikel nicht identisch ist. Artikel 5 verweist auf das (unter den in diesem Artikel festgelegten Voraussetzungen) objektiv anwendbare Recht, dessen zwingende Schutzbestimmungen als innerstaatliches Recht einzuhalten sind. Dieser Artikel hat jedoch keinerlei Auswirkungen auf die Anwendung etwaiger Eingriffsnormen im Sinne des Artikels 7, die internationale Geltung beanspruchen und so einen zusätzlichen Schutz bieten, wenn die räumlichen Voraussetzungen für ihre Anwendung gegeben sind.

Im künftigen „Rom I“-Instrument könnte daher eine an die Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Sache *Arblade*⁷⁴ angelehnte Definition des Begriffs der Eingriffsnorm vorgeschlagen werden. Nach dieser Rechtsprechung sind darunter *„nationale Vorschriften zu verstehen, deren Einhaltung als so entscheidend für die Wahrung der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats angesehen wird, dass ihre Beachtung für alle Personen, die sich im nationalen Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats befinden, und für jedes dort lokalisierte Rechtsverhältnis vorgeschrieben ist“*.

Aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Sache *Ingmar GB Ltd gegen Eaton Leonard Technologies Inc.*⁷⁵ wird außerdem vorgeschlagen, im künftigen Instrument klarzustellen, dass es sich bei einer Bestimmung, die lediglich dem Schutz rein privater Interessen dient (im Gegensatz zu Rechtsvorschriften, die die politische, wirtschaftliche oder soziale Ordnung eines Staates schützen sollen), nicht um eine Eingriffsnorm im Sinne des Artikel 7 handeln kann.

Die *Ingmar*-Rechtsprechung macht auch deutlich, dass bestimmte Vorschriften des Gemeinschaftsrechts ebenfalls zwingenden Charakter haben können. Es könnte nützlich sein, dies in einem zukünftigen Instrument „Rom I“ deutlich zu machen, wie dies in dem Entwurf eines Vorschlags für eine Richtlinie des Rates über das anwendbare Recht auf nichtvertragliche Ansprüche („Rom II“) vorgesehen ist⁷⁶.

Frage 13: Sollte die Bedeutung des Begriffs „zwingende Bestimmungen“ bzw. „zwingende Vorschriften“ in Artikel 3, 5, 6 und 9 bzw. in Artikel 7 präzisiert werden?

3.2.9. Unsicherheiten bezüglich der Auslegung des Begriffs der „vorübergehenden Entsendung“ von Arbeitnehmern (Artikel 6)

3.2.9.1. Auf Arbeitsverträge anwendbares Recht

Die Sorge um den Schutz von Arbeitnehmern hat die Verfasser des Übereinkommens wie im Fall der Verbraucher veranlasst, Ausnahmeregelungen zu den allgemeinen Vorschriften der

wird der Schutz der Verbraucher in einem solchen Fall durch die sektorbezogenen Richtlinien gewährleistet.

⁷⁴ Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 23. November 1999, Rs. C-369/96 und C-374/96.

⁷⁵ Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 9. November 2000, Rs. C-381/98.

⁷⁶ Vgl. Fußnote 5

Artikel 3 und 4 vorzusehen. Artikel 6 Absatz 1 ist ähnlich aufgebaut wie Artikel 5 Absatz 2 Unterabsatz 1. Die Parteiautonomie wird nicht aufgehoben, was bei von Führungskräften ausgehandelten Arbeitsverträgen nicht unterschätzt werden darf. Sie wird jedoch insofern eingeschränkt, als die Wahl eines anderen als des mangels Rechtswahl objektiv anwendbaren Rechts nicht dazu führen darf, dass dem Arbeitnehmer der Schutz vorenthalten wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des objektiv anwendbaren Rechts gewährt wird.

Die Frage des objektiv anwendbaren Rechts (Artikel 6 Absatz 2) wurde hingegen nicht in demselben Sinne geregelt wie in Artikel 5. Während bei letzterem das anwendbare Recht dasjenige des Wohnsitzes des Verbrauchers ist - das diesem im Allgemeinen bekannt ist und auf dessen Schutz er vertraut -, versucht Artikel 6 Absatz 2 das Recht zu ermitteln, zu dem der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist. Hierbei wird danach differenziert, ob der Arbeitnehmer seine Arbeit in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich in einem einzigen Land verrichtet.

Ist dies der Fall, so ist das Recht des Staates anwendbar, in dem der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich verrichtet. Hierbei wird präzisiert, dass dies auch dann gilt, wenn der Arbeitnehmer „*vorübergehend in einen anderen Staat entsandt ist*“. Wird ein Arbeitnehmer für befristete Zeit oder zur Verrichtung einer genau eingegrenzten Arbeit ins Ausland entsandt, so bleibt das auf seinen Vertrag anwendbare Recht davon unberührt, während eine endgültige Entsendung ins Ausland zur Anwendung des Rechts des betreffenden Staates führt, der nun derjenige ist, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seiner Arbeit nachgeht.

Verrichtet der Arbeitnehmer hingegen seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat⁷⁷, so ist das Recht des Staates anwendbar, „*in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat*“.

In dem einen wie in dem anderen Fall kann von der im Übereinkommen vorgesehenen objektiven Anknüpfung unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich in einem einzigen Land verrichtet, durch Rückgriff auf die Ausweichklausel des Artikel 6 Absatz 2 letzter Satz abgewichen werden, um die Arbeitnehmer vor den negativen Folgen einer starren Anknüpfung an den Ort der Vertragserfüllung zu bewahren⁷⁸.

3.2.9.2. Aufgetretene Schwierigkeiten

Unter Rechtspraktikern und -wissenschaftlern gilt der Wortlaut des Artikels 6 im Allgemeinen offenbar als relativ gelungen. Bei der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung werden daher vor allem die - oftmals komplexen und auslegungsbedürftigen - Umstände des Einzelfalls analysiert. Dennoch ist auf einige Problempunkte hinzuweisen. Dabei handelt es sich zum einen um die bereits im Zusammenhang mit Artikel 3, 4 und 5 erörterten Schwierigkeiten, d. h. insbesondere die Frage des Vorliegens einer stillschweigenden Rechtswahl, der häufige Rückgriff auf die Ausweichklausel und das Verhältnis der zwingenden Bestimmungen gemäß Artikel 6 zu den zwingenden Vorschriften gemäß Artikel 7. Auf diese Fragen soll hier nicht noch einmal eingegangen werden.

⁷⁷ Dies ist z. B. bei Arbeitern auf Wanderbaustellen oder bei in mehreren Staaten tätigen Handelsvertretern der Fall.

⁷⁸ So kann man sich etwa auf den Standpunkt stellen, dass ein in Frankreich zwischen einem französischen Arbeitgeber und einem französischen Arbeitnehmer für einen zweijährigen Arbeitseinsatz in einem afrikanischen Staat geschlossener Vertrag, ggf. mit der festen Aussicht auf ein neues Arbeitsverhältnis in Frankreich bei Vertragsende, nicht dem Recht des afrikanischen Staates der Vertragserfüllung unterliegt, sondern französischem Recht, zu dem die engsten Verbindungen bestehen.

Hingegen verdient der Begriff der „vorübergehenden Entsendung“ näheres Augenmerk. Zum einen geht aus der Analyse der Rechtsprechung hervor, dass die Definition des „vorübergehenden“ Charakters einer Entsendung unter dem Gesichtspunkt des internationalen Privatrechts Fragen aufwirft; zum anderen muss auch der Definition des Begriffs der „Entsendung“ in der Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 Rechnung getragen werden.

Was den Gesichtspunkt des internationalen Privatrechts betrifft, so überlässt es das Übereinkommen den Gerichten, zu bestimmen, von welchem Zeitpunkt an eine Entsendung nicht mehr vorübergehend ist. Die Lösungen sind somit wenig vorhersehbar und können von Land zu Land unterschiedlich ausfallen. Dadurch, dass das anwendbare Recht nicht starr vorgegeben wird, können die Gerichte den Umständen des Einzelfalls aber auch besser Rechnung tragen, denn hinter dem Begriff der „Entsendung“ verbergen sich ganz unterschiedliche Situationen. So wirft insbesondere die Entsendung innerhalb einer Unternehmensgruppe Fragen auf. Wie verhält es sich, wenn der Arbeitnehmer in ein anderes Unternehmen derselben Gruppe entsandt wird und mit diesem Unternehmen einen lokalen Arbeitsvertrag abschließt? In einigen Fällen verfügen die Unternehmen einer Unternehmensgruppe über eine wirkliche Autonomie, und die Versetzung kann sich tatsächlich als neues Arbeitsverhältnis darstellen. In anderen Fällen wird der Arbeitnehmer hingegen von derselben Konzernleitung eingestellt, die später auch beschließt, ihn in ein anderes Unternehmen zu versetzen. Der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags erfolgt dann aus rein administrativen Gründen (etwa, weil dies zur Erlangung einer Arbeitserlaubnis erforderlich ist).

Was sodann das Verhältnis zur „Entsenderichtlinie“⁷⁹ betrifft, ist im Rahmen von Artikel 6 nochmals auf die Frage des Zusammenspiels der allgemeinen Kollisionsnormen des Übereinkommens von Rom und der in den sektorsbezogenen Richtlinien enthaltenen Vorschriften, die für die Frage des anwendbaren Rechts von Bedeutung sind, einzugehen. Abgesehen davon, dass für die Rechtspraktiker nicht ohne weiteres ersichtlich ist, welche Vorschriften anwendbar sind, wird der Begriff der „Entsendung“ in den beiden Instrumenten auch unterschiedlich verstanden.

Die Richtlinie 96/71/EG soll bei der Entsendung eines Arbeitnehmers gewährleisten, dass bestimmte zwingenden Vorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Arbeit verrichtet wird, zur Anwendung kommen. Dabei handelt es sich insbesondere um Vorschriften bezüglich des Mindestlohns, aber auch um Sicherheits- und Gesundheitsschutzvorschriften. Bei flüchtiger Betrachtung könnte somit der Eindruck entstehen, dass die Richtlinie einer anderen Logik folgt als das Übereinkommen, dessen Artikel 6 gerade vorsieht, dass der Status des Arbeitnehmers bei einer vorübergehenden Entsendung unverändert bleibt. Bei genauerem Hinschauen zeigt sich jedoch, dass beide Instrumente vollkommen miteinander vereinbar sind. Die Richtlinie will bei einer Entsendung nämlich keineswegs eine Änderung des auf den Arbeitsvertrags anwendbaren Rechts bewirken, sondern einen „harten Kern“ an unabdingbaren Vorschriften festlegen, die für die Dauer der Entsendung im Aufnahmemitgliedstaat einzuhalten sind, und zwar „*unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht*“. Die Richtlinie muss also als Fortführung von Art. 7 des Übereinkommens im Hinblick auf Eingriffsnormen angesehen werden. Das Instrument

⁷⁹ Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996, ABl. L 018 vom 21.1.1997 S. 1.

soll somit einen lautereren Wettbewerb garantieren, der die Rechte der Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt der Union garantiert⁸⁰.

Eine gewisse Verwirrung könnte die Tatsache stiften, dass in beiden Instrumenten eine unterschiedliche Definition des Begriffs der „Entsendung“ verwendet wird.

In Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 96/71/EG wird ausgeführt, dass diese Anwendung findet, wenn zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem entsandten Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis weiterbesteht. Nach dem Übereinkommen kann dagegen eine Entsendung auch dann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer im Aufnahmestaat einen neuen Arbeitsvertrag schließt, etwa bei einer Entsendung innerhalb einer Unternehmensgruppe. Darüber hinaus stellen Rechtsprechung und Lehre zur Abgrenzung einer vorübergehenden von einer nicht mehr vorübergehenden Entsendung auf deren Dauer ab. Auf dieses Kriterium kommt es jedoch im Rahmen der Richtlinie nicht an, die einzig und allein auf die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses abstellt.

Da beide Texte unterschiedliche Ziele verfolgen, kann es überzeugen, dass jeder Text sein eigene Definition des Begriffs „Entsendung“ hat. Jedoch erhöht dies nicht eben die Verständlichkeit der Gemeinschaftsrechtsakte.

3.2.9.3. Mögliche Lösungen

Es sind mehrere Lösungen denkbar, um eine fallweise und somit nicht voraussehbare Beurteilung der Entsendedauer im Hinblick auf Artikel 6 des Übereinkommens von Rom zu vermeiden:

- i. Abstellen auf den Parteiwillen zur Beurteilung des vorübergehenden Charakters der Entsendung in der Weise, dass eine Entsendung dann vorübergehend ist, wenn sie für einen bestimmten Zeitraum oder eine klar umrissene Aufgabe erfolgt. Diese Lösung, bei der die Entsendedauer *ex ante* beurteilt wird, wurde vom der GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ vorgeschlagen.
- ii. Eine andere Lösung bestünde in einer nachträglichen Beurteilung der tatsächlichen Dauer der Entsendung durch die Gerichte im Einzelfall (eventuell anhand von im künftigen „Rom I“-Instrument festzusetzenden zeitlichen Vorgaben). Die GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ weist jedoch darauf hin, dass eine solche Regelung zwar den Vorteil der Vorhersehbarkeit hätte, aber notwendigerweise willkürlich wäre und sich in Anbetracht der Unterschiedlichkeit der Lebenssachverhalte als zu unflexibel erweisen könnte.
- iii. Im Übereinkommen könnte darüber hinaus klargestellt werden, dass der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags mit einem Arbeitgeber derselben Unternehmensgruppe eine Entsendung nicht unbedingt ausschließt.

⁸⁰ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie auch auf außergemeinschaftliche Arbeitnehmer und Arbeitgeber anwendbar ist, so dass nicht danach unterschieden wird, ob das entsendende Unternehmen in einem Mitgliedstaat niedergelassen ist. In der Richtlinie wird ausgeführt, dass außerhalb der Gemeinschaft ansässige Unternehmen nicht besser gestellt werden dürfen als Unternehmen, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates ansässig sind. Daher finden die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinie unterschiedslos auf alle in ihr Hoheitsgebiet entsandte Arbeitnehmer unabhängig von ihrem Herkunftsstaat und dem Staat der Niederlassung des Arbeitgebers Anwendung.

Frage 14: Sollte in Artikel 6 eine genauere Definition des Begriffs der „vorübergehenden Entsendung“ gegeben werden? Wenn ja, welche?

3.2.10. Weitere Fragen zu Artikel 6

Im Übereinkommen wird nicht auf die Situation von Arbeitnehmern eingegangen, die ihre Arbeit an einem Ort verrichten, der in staatsfreiem Gebiet liegt (Seeleute auf hoher See, Flugzeugpiloten). Die Rechtsprechung wendet auf diese Arbeitnehmer in der Regel das Recht des Staates an, in dem sie eingestellt worden sind, anstatt mehr oder weniger künstlich den Ort zu bestimmen, an dem die Arbeit verrichtet wird.

In einigen Mitgliedstaaten bestehen diesbezüglich (in einigen Fällen einseitige) Sonderregeln, die einheitliche Lösungen verhindern (wie etwa eine Kollisionsnorm, die für Seeleute an das Recht des Staates anknüpft, unter dessen Flagge das Schiff fährt).

Was die internationale Telearbeit betrifft, so kann man sich fragen, ob die Anknüpfung an den gewöhnlichen Erfüllungsort des Arbeitsvertrags, die Anknüpfung an den Ort des Unternehmensinteresses oder an der Ort der Annahme der Arbeitsleistung unter gewissen Umständen nicht einen weitergehenden Schutz⁸¹ für des Angestellten bedeutet. Der letzte Absatz von Artikel 6 scheint eine solche Anknüpfung zu gestatten, jedoch gilt es nach Meinung vieler, den Begriff „die engste Verbindung“ zu präzisieren um ausdrücklich die internationale Telearbeit mit zu umfassen.

Frage 15: Sollte Artikel 6 Ihrer Ansicht nach noch anderweitig geändert werden?

3.2.11. Anwendung ausländischer Eingriffsnormen (Artikel 7 Absatz 1)

Das Übereinkommen gestattet es dem zuständigen Gericht, unter bestimmten Voraussetzungen neben den Eingriffsnormen (vgl. oben 3.2.8.) seiner eigenen - als *lex fori* bezeichneten - Rechtsordnung auch den Eingriffsnormen anderer Staaten Wirkung zu verleihen, zu denen der Sachverhalt enge Verbindungen aufweist; dies gilt sogar für Staaten, die nicht Mitglied der Europäischen Union sind. In dieser sehr innovativen Regelung zeigt sich das Bemühen der Mitgliedstaaten, den gesetzgeberischen Entscheidungen anderer Staaten (einschließlich Drittstaaten) bis zu einem gewissen Grad Rechnung zu tragen. Zwingende Bestimmungen anderer Länder können in ganz unterschiedlichen Situationen herangezogen werden. Ein Beispiel ist eine Entscheidung des House of Lords aus dem Jahr 1958, bei der das in einem indischen Gesetz statuierte Verbot des Juteexports nach Südafrika im Rahmen eines Vertrags, der im Übrigen englischem Recht unterlag, berücksichtigt wurde⁸².

Bislang liegt kaum Rechtsprechung zu Artikel 7 Absatz 1 vor.

Gemäß Artikel 22 Absatz 1 des Übereinkommens von Rom dürfen sich die Mitgliedstaaten das Recht vorbehalten, Artikel 7 Absatz 1 über Eingriffsnormen anderer Staaten nicht

⁸¹ Hierbei handelt es sich zum Beispiel um nationale Bestimmungen bezüglich kollektiver Entlassungen, um den Erhalt der Rechte des Angestellten bei einem Unternehmensübergang oder bei der Insolvenz des Unternehmens.

⁸² Rechtssache *Ragazzoni v. Sethia*, 1958 [A.C.] 301. Das englische Gericht hat bei seiner Entscheidung, die lange vor Inkrafttreten des Übereinkommens von Rom erlassen wurde, offenbar nicht auf den Begriff der zwingenden Vorschriften anderer Staaten abgestellt, doch handelte es sich dabei exakt um eine Situation, wie sie Artikel 7 Absatz 1 im Blick hat.

anzuwenden; das Vereinigte Königreich, Luxemburg und Deutschland haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Gerichte dieser Staaten daran gehindert wären, ggf. derartige ausländische Vorschriften zu berücksichtigen, sondern nur, dass dies nicht im Rahmen des Übereinkommens und der darin enthaltenen zusätzlichen Vorgaben erfolgen würde.

Sollte das Übereinkommen von Rom in ein Gemeinschaftsinstrument umgewandelt und vielleicht sogar als Verordnung – also als eine Rechtsform, die mit Vorbehalten nicht vereinbar ist - erlassen werden, würde sich die Frage stellen, was mit diesem Artikel geschehen soll.

Frage 16: Halten Sie eine Regelung für ausländische Eingriffsnormen für notwendig? Sollten die Anwendungsvoraussetzungen derartiger ausländischer Vorschriften genauer geregelt werden?

3.2.12. Anwendbares Recht an die Vertragsform (Artikel 9)

3.2.12.1. Gegenwärtige Lösung

Bei Formerfordernissen handelt es sich um alle Äußerlichkeiten, die bei Vornahme eines Rechtsakt von Gesetzes wegen zu beachten sind, wie etwa die Schriftform, die eigenhändige Unterschrift oder eine notarielle Beurkundung. Um die Formgültigkeit von Verträgen zu begünstigen, enthält das Übereinkommen diesbezüglich eine Alternativregelung. Es genügt, wenn der Vertrag entweder nach dem (gemäß den allgemeinen Vorschriften des Übereinkommens zu bestimmenden) auf den Inhalt anwendbaren Recht oder aber nach dem Recht des Staates des Vertragsschlusses formgültig ist. Bei Distanzgeschäften (wie etwa per Fax, per Post oder per E-Mail geschlossenen Verträgen) gibt es für jeden Vertragspartner einen Ort des Vertragsschlusses, so dass sich die Wahrscheinlichkeit, dass der Vertrag in formeller Hinsicht gültig ist, zusätzlich erhöht. Mit dieser Lösung konnte die Notwendigkeit einer mehr oder weniger künstlichen Lokalisierung eines Vertragsschlusses unter Abwesenden vermieden werden.

3.2.12.2. Aufgetretene Schwierigkeiten

Artikel 9 wurde vor der zunehmenden Verbreitung von per E-Mail geschlossenen Verträgen konzipiert. Wie soll aber der Ort der Abgabe der Willenserklärung für jede Partei als eine der beiden möglichen Alternativen bestimmt werden, wenn Antrag bzw. Annahme einfach durch einen Austausch von E-Mails erfolgen?

3.2.12.3. Mögliche Lösungen

Es wäre denkbar, eine subsidiär eingreifende Vorschrift für den Fall vorzusehen, dass sich der Ort der Abgabe der Willenserklärung nicht bestimmen lässt. Die in Artikel 9 vorgesehene Regel, wonach alternativ entweder das auf den Inhalt anwendbare Recht oder das Recht des Ortes der Abgabe der Willenserklärung maßgeblich ist, könnte um eine alternative Anknüpfung an den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Erklärenden erweitert werden. Für die Formgültigkeit einer Willenserklärung würde es dann genügen, wenn sie den Formerfordernisse einer dieser drei Rechtsordnungen entspricht. Diese Regelung würde unterschiedslos für per E-Mail und für sonstige unter Abwesenden geschlossene Verträge gelten.

Frage 17: Sollten die Kollisionsnormen, die für die Form von Verträgen gelten, modernisiert werden?

3.2.13. Für die Frage, ob eine Forderungsübertragung Dritten entgegengehalten werden kann, maßgebliches Recht (Artikel 12)

3.2.13.1. Gegenwärtige Lösung

Die Abtretung von Forderungen ist insbesondere im Rahmen von diversen Kredit- oder Factoringgeschäften mit Banken weit verbreitet. Hierbei tritt ein Gläubiger (der Zedent oder Altgläubiger) eine Forderung gegenüber einem Schuldner an seinen Vertragspartner (den Zessionar oder Neugläubiger) ab. Das soll an folgendem Beispielfall verdeutlicht werden: Ein Lieferant von Einzelteilen (der „Zedent“) hat offene Forderungen gegenüber Automobilherstellern, die er beliefert hat (den „Schuldner“). Anstatt zu warten, bis diese ihre Schulden begleichen, tritt der Lieferant die Forderungen an seine Bank (den „Zessionar“) ab, um sich umgehend Barmittel in Höhe der ausstehenden Rechnungen zu beschaffen.

Wie jedes Dreiecksgeschäft wirft auch die Forderungsabtretung im internationalen Privatrecht wegen des Vorliegens dreier verschiedener Rechtsverhältnisse, die jeweils unterschiedlichen Rechtsordnungen unterliegen können, viele Fragen auf. Im obigen Beispiel ist das zeitlich früheste Vertragsverhältnis dasjenige zwischen dem Lieferanten und den Automobilherstellern. Auf die entsprechende Forderung, die später Gegenstand der Abtretung wird, ist das Recht anwendbar, das sich aus Artikel 3 (Parteiautonomie) und 4 (engste Verbindung) des Übereinkommens ergibt.

Daran schließt sich der „Zessions-, bzw. „Abtretungsvertrag“ zwischen dem Zedenten (im obigen Beispiel: dem Zulieferer) und dem Zessionar (hier: der Bank) an. Nach Artikel 12 Absatz 1 des Übereinkommens bestimmt sich das auf diesen Vertrag anzuwendende Recht wiederum nach den allgemeinen Bestimmungen des Übereinkommens (d. h. Artikel 3 und 4). Mangels Rechtswahl⁸³ kommt daher oft das Recht des Zedenten zur Anwendung, da dieser die charakteristische (vertragstypische) Leistung erbringt⁸⁴. Das dritte Rechtsverhältnis ist dasjenige, das zwischen dem Schuldner der abgetretenen Forderung (in unserem Beispiel dem Automobilhersteller) und dem Zessionar (der Bank) entsteht. Nach dem Übereinkommen unterliegt dieses Rechtsverhältnis demselben Recht wie die abgetretene Forderung. Das Übereinkommen will den Schuldner schützen, indem es gewährleistet, dass dessen Verpflichtungen auch weiterhin demselben Recht - dem einzigen, mit dem er vernünftigerweise rechnen konnte - unterliegen, und dass er der Bank nicht mehr schuldet als zuvor seinem Lieferanten.

⁸³ Einigen Autoren zufolge impliziert ein Abtretungsvertrag grundsätzlich die stillschweigende Wahl des auf die abgetretene Forderung anwendbaren Rechts. Diese Lösung hat den Vorteil, dass die abgetretene Forderung und der Abtretungsvertrag demselben Recht unterliegen. Bei Abtretung mehrerer Forderungen besteht hierbei jedoch die Gefahr, dass auf die verschiedenen Verträge zwischen Zedent und Zessionar, die wirtschaftlich gesehen eine Einheit bilden, das Recht verschiedener Staaten angewandt werden muss.

⁸⁴ Bei bestimmten komplexen Transaktionen wie etwa einem groß angelegten Kreditgeschäft könnte es sich bei der charakteristischen Leistung auch um die Leistung des Zessionars handeln. Das Übereinkommen belässt den Gerichten einen gewissen Ermessensspielraum, so dass sie besonderen Umständen Rechnung tragen können.

3.2.13.2. Aufgetretene Schwierigkeiten

Die Frage, wann die Abtretung einer Forderung Dritten entgegengehalten werden kann, wird im Übereinkommen nicht ausdrücklich geregelt. Gleichwohl ist diese Frage von entscheidender Bedeutung, da hiervon die Wirksamkeit der Abtretung und des Eigentumsübergangs abhängt. So ist zum Beispiel denkbar, dass der Lieferant seinen eigenen Zahlungsverpflichtungen gegenüber einem Gläubiger nicht nachkommt und dass dieser seine Vermögenswerte und Forderungen (einschließlich der an die Bank abgetretenen Forderungen) pfändet. In diesem Fall muss bestimmt werden, wer (Gläubiger oder Bank) Eigentümer der betreffenden Forderungen ist. Möglich wäre auch, dass der Lieferant seine Forderungen nacheinander an zwei verschiedene Banken abtritt, um sich in betrügerischer Weise einen höheren Kredit zu verschaffen. In diesem Fall ist zu klären, welcher der beiden Banken das Eigentum an den Forderungen zusteht⁸⁵. Da die Mitgliedstaaten diese Frage nicht alle in gleicher Weise beantworten, wäre es vorzuziehen, wenn sie dasselbe Recht anwenden würden, um die Parteien nicht zum *forum shopping* zu verleiten.

Insofern, als weder das Übereinkommen noch die „Insolvenzverordnung“⁸⁶ Kollisionsnormen enthält, welche explizit regeln, wann eine Forderungsabtretung Dritten entgegengehalten werden kann, wendet jeder Mitgliedstaat in dieser Frage seine eigenen Vorschriften an, so dass die Lösung je nach angerufenem Gericht sehr unterschiedlich ausfallen kann. Diese Divergenzen sind umso ausgeprägter, als die Gerichte einiger Mitgliedstaaten die Auffassung vertreten, dass das Übereinkommen diese Frage zwar nicht explizit regle, jedoch diesbezüglich implizite Regelungen enthalte.

3.2.13.3. Mögliche Lösungen

Das künftige Instrument könnte klarstellen, welches Recht dafür maßgeblich ist, ob die Abtretung Dritten entgegengehalten werden kann. Hierbei kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht:

- i. Anwendung von Artikel 12 Absatz 1 (Maßgeblichkeit des auf den Abtretungsvertrag anwendbaren Rechts). Diese Lösung wurde von der niederländische Rechtsprechung angewandt⁸⁷. Sie hat in Rechtsordnungen, in denen regelmäßig nicht zwischen der Gültigkeit des Abtretungsvertrags und der Wirksamkeit des Eigentumsübergangs unterschieden wird, unbestreitbare Vorteile.
- ii. Anwendung von Artikel 12 Absatz 2 (Maßgeblichkeit des auf die abgetretene Forderung anwendbaren Rechts). Diese Lösung war im Vorentwurf zum Übereinkommen vorgesehen, wurde aber nicht in den endgültigen Text

⁸⁵ Bei dieser Frage geht es darum, ob das Übereinkommen nur den Aspekt des Vertrags- oder auch den Aspekt des Eigentumsrechts abdeckt (davon hängt ab, welches Recht dafür maßgeblich ist, ob die Information des Schuldners nur dessen Schutz dient oder auch Voraussetzung für die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung ist).

⁸⁶ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, in Kraft getreten am 31. Mai 2002. Zwar enthält diese Verordnung keine Kollisionsnormen, doch ihr Artikel 5 bestimmt, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in einem Mitgliedstaat dingliche Rechte an Gegenständen, die sich in einem anderen Mitgliedstaat befinden, unberührt lässt. Zu diesen dinglichen Rechten zählt „das ausschließliche Recht, eine Forderung einzuziehen“ (Artikel 5 Absatz 2 b). Ergänzend sei angemerkt, dass eine Forderung sich nach Artikel 2 g) dieser Verordnung in dem Mitgliedstaat befindet, „in dessen Gebiet der zur Leistung verpflichtete Dritte den Mittelpunkt seiner hauptsächlichlichen Interessen hat“.

⁸⁷ Hoge Raad, 16. Mai 1997, *Nederlands International Privatrecht* 1997, Nr. 209.

übernommen. Die deutsche Rechtsprechung folgt ebenfalls diesem Ansatz⁸⁸. Hierbei wird davon ausgegangen, dass es nicht zweckmäßig ist, die rechtliche Behandlung von Dritten im Allgemeinen (wie etwa Gläubigern des Zedenten oder einem zweiten Zessionar, dem dieselbe Forderung abgetreten wurde) von derjenigen des Schuldners abzukoppeln. Ob die Abtretung Dritten entgegengehalten werden kann, würde sich in beiden Fällen nach dem gleichen Recht bestimmen, was eine gewisse Kohärenz bei der Behandlung des gesamten Abtretungsgeschäfts gewährleisten würde.

- iii. Anwendung des Rechts des Wohnsitzstaates des Schuldners. Insofern, als für die Gläubiger des Zedenten nicht immer ersichtlich ist, welches Recht auf die abgetretene Forderung anwendbar ist, wird von einigen vorgeschlagen, auf die Frage der Entgegenhaltbarkeit das Recht des Wohnsitzstaates des Schuldners anzuwenden. Diese Lösung hätte zwar den Vorteil, dass das anwendbare Recht für Dritte leicht auszumachen wäre, doch würde die Abtretung mehrerer gewerblicher Forderungen bei Schuldnern mit Wohnsitz im Ausland erschwert, da auf ein Geschäft, das wirtschaftlich gesehen eine Einheit bildet, das Recht verschiedener Staaten anwendbar wäre.
- iv. Anwendung des Rechts des Wohnsitzstaates des Zedenten. Bei dieser Lösung wird das Kriterium der Vorhersehbarkeit für Dritte am besten erfüllt. Sie wurde daher im UN-Übereinkommen über die Abtretung von Forderungen im internationalen Handel⁸⁹ gewählt.
- v. Bis auf Alternative ii) haben alle Lösungen den Nachteil, dass die Antwort auf die Frage, ob die Abtretung dem Schuldner und ob sie Dritten entgegengehalten werden kann, sich nach unterschiedlichem Recht bestimmt, was unter Umständen in die Sackgasse führen kann. Daher wurde eine sachliche Regelung vorgeschlagen, die demjenigen, der zuerst handelt, den Vorrang einräumt, wobei es auch auf die Gut- oder Bösgläubigkeit der konkurrierenden Gläubiger ankäme.

Frage 18: Halten Sie es für zweckmäßig, in einem künftigen Rechtsinstrument festzulegen, welches Recht für die Frage maßgeblich ist, ob die Abtretung einer Forderung Dritten entgegengehalten werden kann? Wenn ja, welche Kollisionsnorm würden Sie vorschlagen?

3.2.14. *Jeweiliger Anwendungsbereich von Artikel 12 und 13 über die Forderungsabtretung bzw. den Forderungsübergang*

3.2.14.1. Der Forderungsübergang (Subrogation) im Übereinkommen von Rom

Nicht jeder Mitgliedstaat kennt den Mechanismus des Forderungsübergangs. Ebenso wie bei der Abtretung einer Forderung handelt es sich um einen Vorgang, an dem drei Personen beteiligt sind und bei dem eine Verpflichtung auf einen anderen übergeht. Beim Forderungsübergang tritt derjenige, der einen Gläubiger befriedigt, in dessen Rechte und dessen Gläubigerstellung gegenüber dem Schuldner ein. Der Forderungsübergang kann sich

⁸⁸ Bundesgerichtshof, 8. Dezember 1998, XI ZR 302/97, IPRAX 2000, S. 124.

⁸⁹ Von der Generalversammlung am 31. Januar 2002 verabschiedet. Dieses Übereinkommen wurde bis heute von keinem einzigen Mitgliedstaat unterzeichnet und ratifiziert. Es sieht nämlich im Gegensatz zu den anderen in diesem Text enthaltenen Kollisionsnormen hinsichtlich des Artikels 22 über die Frage, ob eine Abtretung einem Dritten entgegengehalten werden kann, keine Möglichkeit des „Opting-out“ vor.

entweder aus einer zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung oder aus einer gesetzlichen Bestimmung ergeben, die an bestimmte Handlungen von Rechts wegen einen Forderungsübergang knüpft. Das Übereinkommen von Rom erstreckt sich zwar nicht auf unentgeltliche Zuwendungen, wohl aber auf die Erfüllung fremder Verbindlichkeiten aufgrund einer entsprechenden Verpflichtung. Ob der Betreffende daraufhin in die Rechtsstellung des Gläubigers eintritt, richtet sich grundsätzlich nach dem für die Verpflichtung maßgebenden Recht (Artikel 13)⁹⁰.

3.2.14.2. Aufgetretene Schwierigkeiten

Eine wichtige Rolle spielt im Wirtschaftsleben das Factoring, das in einigen Ländern rechtlich als vertraglich vereinbarter Forderungsübergang und in anderen als Abtretung einer Forderung eingestuft wird. Ein Qualifikationskonflikt könnte die einheitliche Anwendung des Übereinkommens jedoch gefährden. Darüber hinaus ist Artikel 13 einigen Autoren zufolge nur auf den gesetzlichen Forderungsübergang anwendbar, wohingegen der vertraglich vereinbarte Forderungsübergang ihrer Ansicht nach in den Anwendungsbereich des Artikels 12 fällt.

Insofern, als die Bestimmungen von Artikel 12 und 13 einander sehr ähnlich sind, ist nicht sicher, ob ein solcher Qualifikationskonflikt wirklich praktische Auswirkungen hätte. Gleichwohl kann man sich fragen, ob diese Regelung transparent und für den Rechtspraktiker leicht anzuwenden ist.

Schließlich würde einige es begrüßen, wenn die freiwillige Erfüllung der Verbindlichkeiten eines anderen ohne entsprechende Verpflichtung in den Anwendungsbereich des Übereinkommens einbezogen würde.

3.2.14.3. Mögliche Lösungen

Der Anwendungsbereich der Artikel 12 und 13 könnte präzisiert werden. Eine andere Möglichkeit wäre die, Artikel 12 und Artikel 13 zu einem einzigen Artikel zusammenzuziehen. Erfolgt keine Klarstellung im Übereinkommen, so wird diese Frage vom Gerichtshof zu entscheiden sein.

Frage 19: Wäre es zweckmäßig, den jeweiligen Anwendungsbereich der Artikel 12 und 13 zu präzisieren? Sollte Ihrer Meinung nach eine Kollisionsnorm für die freiwillige Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit ohne entsprechende Verpflichtung vorgesehen werden?

3.2.15. Fehlen einer Kollisionsnorm über die gesetzliche Aufrechnung

3.2.15.1. Die gesetzliche Aufrechnung

Sind zwei Parteien wechselseitig sowohl Gläubigerin wie auch Schuldnerin der jeweils anderen, so verringert sich ihre jeweilige Verbindlichkeit im Wege der gesetzlichen Aufrechnung um den Betrag der geringeren Verbindlichkeit. Beispiel: A schuldet B 20 €, und B schuldet A 10 €. Aufgrund der automatisch eingreifenden gesetzlichen Aufrechnung wird B von seiner Verbindlichkeit befreit, und A schuldet B nur noch 10 €. Die Aufrechnung als ein

⁹⁰ Ein typischer Fall ist die Erfüllung einer Verbindlichkeit durch einen Bürgen; daher ist für den gesetzlichen Forderungsübergang das auf den Bürgschaftsvertrag anwendbare Recht maßgeblich.

Weg, auf dem Verbindlichkeiten erlöschen können, spielt im täglichen Wirtschaftsleben eine wichtige Rolle.

Die Aufrechnung kann entweder von Rechts wegen eintreten, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (gesetzliche Aufrechnung), oder von den Parteien vereinbart werden (vertragliche Aufrechnung)⁹¹.

3.2.15.2. Aufgetretene Schwierigkeiten

Aus Artikel 10 Absatz 1 d) des Übereinkommens folgt, dass für die verschiedenen Arten des Erlöschens von Verpflichtungen - zu denen auch die Aufrechnung zählt - das Recht maßgebend ist, das auf die betreffende Verpflichtung anzuwenden ist. Dieser Artikel trägt jedoch den Schwierigkeiten nicht Rechnung, die sich bei der gesetzlichen Aufrechnung von zwei jeweils einem anderen Recht unterliegenden Verbindlichkeiten ergeben. In einem solchen Fall würde jeder Staat seine eigenen Kollisionsnormen anwenden. Soweit sich diese unterscheiden, ist auf diesem Gebiet keine Rechtssicherheit gegeben.

3.2.15.3. Mögliche Lösungen

Im Übereinkommen könnte das für die gesetzliche Aufrechnung maßgebliche Recht präzisiert werden:

- i. kumulative Anwendung beider betroffener Rechte. Diese Regelung wahrt zwar die Interessen der Parteien, ist jedoch sehr restriktiv.
- ii. Anwendung des für die Forderung, der die Aufrechnung entgegengestellt wird, maßgeblichen Rechts.

Wenngleich die am 31. Mai 2002 in Kraft getretene „Insolvenzverordnung“⁹² bezüglich der Aufrechnung an sich keine Kollisionsnorm vorsieht, ist sie für diese Frage dennoch nicht ohne Bedeutung. Sie enthält nämlich in Artikel 6 eine die Aufrechnung betreffende, derjenigen des Artikels 5 für die Forderungsabtretung entsprechende Regelung. Ergibt sich das Recht zur Aufrechnung gemäß den regelmäßig anwendbaren Kollisionsnormen aus einem anderen nationalen Recht als dem für das Insolvenzverfahren maßgeblichen Recht, so bleibt dem Gläubiger nach Artikel 6 die Möglichkeit zur Aufrechnung ungeachtet des Insolvenzverfahrens als wohl erworbenes Recht erhalten. Dies gilt jedoch nur, wenn „diese Aufrechnung nach dem für die Forderung des insolventen Schuldners maßgeblichen Recht zulässig ist“, was einer Entscheidung zugunsten der vorstehenden Lösung ii) gleichkommt.

Diese Regelung findet selbstredend nur bei einer Aufrechnung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens Anwendung und lässt die Frage des unter anderen Umständen anwendbaren Rechts offen.

Frage 20: Sollte das auf die gesetzliche Aufrechnung anzuwendende Recht Ihrer Meinung nach im künftigen Instrument präzisiert werden? Wenn ja, welche Kollisionsnorm würden Sie vorschlagen?

⁹¹ Da es sich bei der vertraglichen Aufrechnung um einen Vertrag handelt, bestimmt sich das anwendbare Recht nach den allgemeinen Vorschriften des Übereinkommens (Artikel 3 und 4).

⁹² Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren.

Anhang 1

Glossar des internationalen Privatrechts

- Allseitige Kollisionsnorm:** Die meisten Kollisionsnormen sind allseitig, können also ebenso gut auf ein ausländisches Recht wie auf die *lex fori** verweisen. Ein Beispiel ist die französische Vorschrift, wonach das Gericht zur Bestimmung der väterlichen Abstammung des Kindes das Recht des Staates anzuwenden hat, dessen Staatsangehörige die Mutter hat. Ist die Mutter Französin, so wendet das französische Gericht französisches Recht an, ist sie Italienerin, so wendet es italienisches Recht an. Das Gegenteil zu den allseitigen Kollisionsnormen bilden die einseitigen* Kollisionsnormen.
- Anzuwendendes Recht/lex causae:** Hat ein Rechtsverhältnis zwischen Privatpersonen internationalen Charakter (etwa, weil sie eine unterschiedliche Staatsangehörigkeit haben, nicht im selben Land leben oder an einem internationalen Handelsgeschäft beteiligt sind), so muss bestimmt werden, welches Recht auf den Sachverhalt anzuwenden ist. Das anzuwendende Recht wird durch die so genannten Kollisionsnormen* bestimmt
- Dépeçage:** (oder Aufspaltung) Situation in der die verschiedenen Elemente eines Vertrages mit internationalem Bezug dem Recht verschiedener Staaten unterliegen (zum Beispiel kommt es in der Praxis vor, dass für die Gewährleistungsklausel in einem Kaufvertrag, der ansonsten deutschem Recht unterliegt, englisches Recht gilt).
- Einseitige Kollisionsnorm:** Bei einseitigen Kollisionsnormen beschränkt sich jeder Staat darauf, festzustellen, ob auf einen Fall sein eigenes Recht anwendbar ist. Einseitige Kollisionsnormen sind heute die Ausnahme. Ein Beispiel ist Artikel 3 Absatz 3 des französischen Code civil: „Die Gesetze über den Personenstand und die Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Personen gelten für Franzosen auch dann, wenn diese sich im Ausland aufhalten“ (diese Vorschrift wurde von der Rechtsprechung jedoch zu einer allseitigen Kollisionsnorm ausgeweitet).
- Forum shopping:** Mit diesem Begriff wird das Verhalten einer in einen internationalen Rechtsstreit verwickelten Person bezeichnet, die das Gericht eines bestimmten Staates nicht deswegen anruft, weil es zur Beurteilung des Rechtsstreits am besten in der Lage ist, sondern einzig und allein deshalb, weil es aufgrund der

Kollisionsnormen* der lex fori* das für den Betreffenden im Ergebnis günstigste Recht anwenden wird.

Internationaler „ordre public“:

Es kommt vor, dass ein Gericht, das anhand der eigenen Kollisionsnormen* das auf einen Sachverhalt anwendbare Recht ermittelt hat, der Auffassung ist, dass die Anwendung dieses Rechts im konkreten Fall zu einem mit der Werteordnung der lex fori* nicht zu vereinbarenden Ergebnis führt. Es sieht daher von der Anwendung des regelmäßig anwendbaren ausländischen Rechts ab und wendet das eigene Recht an.

Internationale Zuständigkeit:

Hat ein Rechtsstreit internationalen Charakter (etwa, weil die Parteien eine unterschiedliche Staatsangehörigkeit haben oder nicht im selben Land leben), so könnten mehrere Gerichte für die Entscheidung des Rechtsstreits zuständig sein. Die Vorschriften über die internationale Zuständigkeit stellen Kriterien zur Bestimmung des Landes auf, dessen Gerichte für bestimmte Rechtsstreitigkeiten zuständig sind.

Eingriffsnormen: (oder international zwingende Vorschriften)

Begriff des internationalen Privatrechts, mit dem diejenigen Normen bezeichnet werden, denen ein Staat so viel Bedeutung beimisst, dass er unabhängig von dem im Übrigen anzuwendenden Recht auf ihrer Anwendung besteht, wenn der Sachverhalt Berührungspunkte mit seinem Hoheitsgebiet aufweist. Anders als bei Ausnahmen aus Gründen des internationalen „ordre public“* stellt das Gericht nicht erst anhand seiner eigenen Kollisionsnormen* fest, welches Recht anwendbar ist und ob der Inhalt dieses Rechts ggf. mit der Werteordnung der lex fori* unvereinbar ist, sondern wendet die Eingriffsnormen von vornherein an.

Interner „ordre public“:

Die Gesamtheit der zwingenden nationalen Vorschriften, die der Aufrechterhaltung der sozialen und wirtschaftlichen Ordnung eines Staates dienen. Diese Vorschriften können von den Parteien vertraglich nicht abbedungen werden. Ein Beispiel sind Schutzbestimmungen zugunsten des so genannten „schwächeren Teils“ (Verbraucher, Arbeitnehmer, Minderjährige usw.).

Kollisionsnorm:

Hat ein Rechtsverhältnis zwischen Privatpersonen internationalen Charakter, so kann es zur Konkurrenz der Rechte verschiedener Staaten für die Regelung des betreffenden Sachverhalt kommen. Zur Ermittlung des anzuwendenden Rechts wendet das

Gericht die so genannten Kollisionsnormen an.

- Lex fori:** Recht des Orts des befassten Gerichts bei einer internationalen Rechtsstreitigkeit.
- Materielles Recht:** Das materielle Recht ist vom internationalen Privatrecht eines Staates abzugrenzen. Es umfasst alle nationalen Gesetzesbestimmungen (sog. Sachnormen), die die Rechte und Pflichten einer Person bei bestimmten Sachverhalten festlegen (wie z. B. die Vorschrift, wonach kein Vertrag zustande kommt, wenn bei einer der Parteien ein Willensmangel vorliegt).
- Parteiautonomie:** Im internationalen Privatrecht bezeichnet dieser Ausdruck das natürlichen Personen eingeräumte Recht, das auf ihre Rechtsverhältnisse anwendbare Recht zu bestimmen.
- Zwingende Vorschriften:** Im Übereinkommen von Rom deckt der Ausdruck „zwingende Bestimmungen“ bzw. „zwingende Vorschriften“ ganz unterschiedliche Sachverhalte ab. Er bezeichnet sowohl Eingriffsnormen * (ein dem internationalen Privatrecht eigener Begriff) als auch Vorschriften des internen „ordre public“*.

Anhang 2

List der In sektorbezogenen Sekundärrechtsakten enthaltenem Kollisionsnormen und Vorschriften,

die für das auf Vertragsverhältnisse anwendbare Recht von Bedeutung sind⁹³

- Richtlinie über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern (93/7/EWG vom 15. März 1993)
- Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EWG vom 5. April 1993)
- Timesharing-Richtlinie (94/47/EG vom 26. Oktober 1994)
- Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (96/71/EG vom 16. Dezember 1996)
- Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (97/7/EG vom 20. Mai 1997)
- Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (99/44/EG vom 25. Mai 1999)
- Zweite Schadensversicherungsrichtlinie (88/357/EWG vom 22. Juni 1988) in der durch die Richtlinien 92/49/EWG und 2002/13/EG ergänzten und geänderten Fassung
- Zweite Lebensversicherungsrichtlinie (90/619/EWG vom 8. November 1990) in der durch die Richtlinien 92/96/EWG und 2002/12/EG ergänzten und geänderten Fassung.

⁹³ Es handelt sich also hierbei um Konfliktregeln im eigentlichen Sinne und um Regeln, die den territorialen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts regeln. Vgl. auch Fußnoten 31, 32.