

Alle Wege führen nach Rom? Verbleibender Spielraum des nationalen IPR-Gesetzgebers

Stefan Perner

Inhalt

I.	Gemeinschaftsrecht und IPR	379
II.	Primärrechtliche „Anerkennungspflichten“	381
1.	Jüngere Rechtsprechung des EuGH	381
2.	Vermeidung hinkender Statusverhältnisse als Grundlage der Anerkennungspflicht	384
3.	Primärrechtskonformes Sekundärrecht	387
4.	Hürden für eine Rechtsvereinheitlichung	387
5.	Alternativen zur IPR-Vereinheitlichung	389
	a) Europäisches Anerkennungsrecht?	390
	b) Nationale Reaktionspflicht	392
6.	Exkurs: Materiellrechtlicher Anpassungsdruck?	393
III.	Die Vorfrage und die Rom-Verordnungen	395
1.	Allgemeines	395
2.	Begriff der Vorfrage	395
3.	Meinungsstand	396
4.	Das Vorfragen- als Methodenproblem	398
	a) Ansatz: Auslegung der Verweisungsnorm	398
	b) Lösung im europäischen Kollisionsrecht	398
	aa) Explizite Anordnungen des Gesetzgebers	398
	bb) Unselbstständige Anknüpfung am IPR der lex causae?	399
	cc) Selbstständige Anknüpfung trotz Vereinheitlichungs- zwecks?	400
	dd) Anwendung des in der Hauptfrage berufenen Sach- rechts?	400
	ee) Ergebnis	402
IV.	Schluss	403

I. Gemeinschaftsrecht und IPR

Die Europäische Gemeinschaft hat mit dem Vertrag von Amsterdam eine umfassende Kompetenzgrundlage zur Angleichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts bekommen (Artt. 61 lit. c, 65 EG)¹, auf deren

¹ Jetzt Art. 81 AEUV (Reformvertrag); siehe noch unten II.4.

Basis in den letzten Jahren zahlreiche Rechtsakte im Bereich des IPR² verabschiedet wurden. Den vorläufigen Höhepunkt bilden die Verordnungen Rom I³ und II⁴, die praktisch das gesamte Schuldrechts-IPR betreffen.⁵ In Planung ist eine Europäisierung großer Teile des Internationalen Familien- und Erbrechts⁶. Zwar sind die Verhandlungen zu einer Rom III-VO (Trennung und Scheidung) vorläufig gescheitert.⁷ Man darf aber davon ausgehen, dass in Brüssel auch weiterhin am europäischen IPR gearbeitet wird.

Auch das Primärrecht hat allerdings einen großen Einfluss auf das IPR. Der EuGH legt den Grundfreiheiten nämlich ein Verständnis zugrunde, das Kollisionsnormen schlechthin in den Verdacht bringt, gegen gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote zu verstoßen.⁸ Es ist bezeichnend, dass es kaum ein nationales Verweisungsergebnis gibt, das nicht von dem einen oder anderen Autor als europarechtswidrig angezweifelt wird.⁹

Das Gemeinschaftsrecht entpuppt sich damit als primärrechtliche Schranke und als sekundärrechtliche Quelle des Internationalen Privat-

2 I.d.R. handelte es sich dabei um EG-VO. Selten griff der EG-Gesetzgeber auf die Regelungstechnik der RL zurück, z. B. bei der Mediations-Richtlinie, RL 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU 2008, L 136/3.

3 VO 2008/593/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. EU 2008, L 177/6.

4 VO 2007/864/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. EU 2007, L 199/40.

5 Vor Schaffung der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenz auf dem Gebiet des IPR existierten Kollisionsnormen nur als Annex zu privatrechtlichen EG-Richtlinien, um deren Anwendungsbereich abzusichern, vgl. *Michaels*, Die europäische IPR-Revolution – Regulierung, Europäisierung, Mediatisierung, in: Baetge/von Hein/von Hinden (Hrsg.), FS Jan Kropholler, 2008, 151, 159 (Fn. 46) und *Sonnenberger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., Bd. 10, 2010, Einl. IPR, Rn. 187.

6 Rechtsakte sind vor allem in den folgenden Bereichen geplant: Eherecht (Trennung und Scheidung): Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich, KOM(2006) 399 endg.; Güterstandsrecht: Grünbuch zu den Kollisionsnormen im Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung der gerichtlichen Zuständigkeit und der gegenseitigen Anerkennung, KOM(2006) 400 endg.; Erbrecht: Vorschlag für ein Erbrechts-VO, KOM(2009) 154. Vgl. den Überblick bei *Mansel/Thorn/Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2008: Fundamente der Europäischen IPR-Kodifikation, IPRax 2009, 1, 8 ff. Bereits in Kraft ist die Unterhaltsverordnung: VO 2009/4/EG über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. EU 2009, L 7/1.

7 Vgl. nur *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2009, 1, 2.

8 Vgl. nur die Darstellung bei *Sonnenberger*, in: MüKoBGB (Fn. 5), Rn. 154 ff.

9 Treffend *Wendehorst*, § 8 Internationales Privatrecht, in: Langenbucher (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Aufl., 2008, Rz. 82.

rechts¹⁰. Die folgenden Ausführungen widmen sich zunächst dem Zusammenspiel von Primärrecht und IPR. Anschließend wird anhand des international-privatrechtlichen „Klassikers“ der Vorfrage untersucht, wie weit die durch die beiden Rom-Verordnungen geschaffenen Regeln reichen.

II. Primärrechtliche „Anerkennungspflichten“

1. Jüngere Rechtsprechung des EuGH

Bekanntlich hat gem. Art. 18 EG [jetzt: Art. 21 Abs. 1 AEUV] jeder Unionsbürger „das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten (...) frei zu bewegen und aufzuhalten“, und zwar unabhängig von der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit.¹¹ Der Wortlaut der Bestimmung lässt zunächst „nur“ an das Recht auf freie Ein- und Ausreise sowie an ein freies Aufenthaltsrecht innerhalb der EU denken. Der EuGH hat das Freizügigkeitsrecht allerdings gewaltig ausgedehnt und nimmt damit großen Einfluss auf das IPR der Mitgliedstaaten. Dies soll anhand zweier jüngerer EuGH-Entscheidungen, *Garcia Avello*¹² und *Grunkin-Paul*¹³, dargestellt werden. Beide Fälle betreffen namensrechtliche Sachverhalte.

In *Garcia Avello* geht es um ein Kind, das in Belgien wohnt und neben der belgischen auch die spanische Staatsangehörigkeit besitzt. Die belgischen Behörden tragen den Namen des Vaters – *Garcia Avello* – als Geburtsnamen ein. Das ist der nach belgischem Recht gebildete Nachname. Belgisches IPR knüpft den Namen nämlich an die Staatsangehörigkeit und räumt der belgischen Staatsangehörigkeit bei Doppelstaatern den Vorrang bei der Anknüpfung ein. Die Behörden verweigern eine Namensänderung auf den nach spanischem Recht gebildeten Namen, *Garcia Weber*.

Die Entscheidung *Grunkin-Paul* nimmt ihren Ausgang hingegen beim Auseinanderfallen von Staatsangehörigkeit und gewöhnlichem Aufenthalt des Namensträgers. *Leonhard Matthias* kommt als Sohn von Herrn *Grunkin* und Frau *Paul* in Dänemark zur Welt, wo die (verheirateten) Eltern im Zeit-

10 Vgl. den Titel der Dissertation *Brödermanns* (veröffentlicht in: *Brödermann/Iversen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, 1994, Rn. 1 ff.).

11 Vgl. nur *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht – Das Recht der Europäischen Union, 2007, Rn. 1168. Dadurch unterscheidet sich das allgemeine Freizügigkeitsrecht von den wirtschaftsbezogenen Grundfreiheiten.

12 EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613. Vgl. dazu ausf. *Mörsdorf-Schulte*, Europäische Impulse für Namen und Status des Mehrstaaters, IPRax 2004, 315 und *Lurger*, Der Einfluss der Personenfreizügigkeit des EGV auf das österreichische Familien- und Erbrecht, EF-Z 2008, 126 (Teil I) und EF-Z 2008, 164 (Teil II).

13 EuGH, Rs. C-353/06, *Grunkin-Paul*. Der Sachverhalt ist derselbe wie bei der Vorgängerentscheidung *Standesamt Niebüll* (EuGH, Rs. C-96/04, *Standesamt Niebüll*, Slg. 2006, I-3561). Der EuGH erklärte sich dort jedoch für unzuständig, weil das vorliegende Amtsgericht Niebüll nach Ansicht des EuGH keine Rechtsprechungstätigkeit ausübte, sondern als Verwaltungsbehörde handelte.

punkt der Geburt des Sohnes wohnen. Von der dänischen Behörde wird eine Namensurkunde ausgestellt, die – dem dänischen Recht entsprechend¹⁴ – für den Sohn den Nachnamen *Grunkin-Paul* ausweist. Später zieht der Vater ins 20 km entfernte Niebüll in Deutschland, wo ihn sein Sohn regelmäßig besucht. Die – mittlerweile geschiedenen – Eltern wollen den Namen *Grunkin-Paul* in Deutschland eintragen lassen, was von den deutschen Behörden, die deutsches IPR anwenden¹⁵, nicht zugelassen wird.

Der EuGH erkennt in beiden Fällen auf eine Verletzung des Freizügigkeitsrechts des Namensträgers. Er verpflichtet die – belgischen (*Garcia Avello*) bzw. deutschen (*Grunkin-Paul*) – Behörden zur Anerkennung des nach spanischem bzw. dänischem Recht gebildeten Namens. Im Fall *Garcia Avello* sieht der Gerichtshof eine Diskriminierung in dem Umstand, dass auf einen Doppelstaatsbürger dieselben Grundsätze angewendet werden wie auf Personen, die nur eine Staatsbürgerschaft besitzen.¹⁶ Bei *Grunkin-Paul* hält er die deutsche Regelung für unzulässig, weil sie bestimmte eigene Staatsangehörige allein deshalb benachteiligt, weil diese von ihrer Freiheit, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben und sich dort aufzuhalten, Gebrauch machen.

Die beiden Judikate fügen sich in eine Reihe anderer Entscheidungen und Entscheidungslinien ein, die mit den Grundfreiheiten operieren und weite Schneisen in international-privatrechtliche Sachverhalte schlagen.¹⁷ Der hinter dieser Rechtsprechung stehende Gedanke wird mit dem Stichwort „Anerkennungspflicht“¹⁸ umschrieben, wobei Anerkennung in diesem Sinn Akzeptanz einer im Ausland durch privaten oder behördlichen Akt geschaffenen Rechtslage bedeutet, unabhängig davon ob die eigenen

14 Dänisches IPR beruft das Wohnsitzrecht des Namensträgers zum Namensstatut: *Mansel*, Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums – Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts? *RabelsZ* 70 (2006), 651, 697.

15 Siehe Art. 10 Abs. 1 und 3 EGBGB; vgl. *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 697 f.

16 Krit. zur Begründung des EuGH über Art. 12 EG *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 707 f. Allgemein zum Zusammenspiel von Art. 18 und Art. 12 EG etwa *Schweitzer/Hummer/Obwexer* (Fn. 11), Rn. 1184 ff. und die dort zitierte Judikatur des EuGH.

17 Treffend *Mansel/Thorn/Wagner*, *IPRax* 2009, 1, 3. Man denke in diesem Zusammenhang z. B. an die Fälle zum Internationalen Gesellschaftsrecht. Vgl. *Wendehorst*, in: *Langenbucher* (Fn. 9), Rn. 41 ff., 79 ff.; *W.-H. Roth*, *Methoden der Rechtsfindung und Rechtsanwendung im Europäischen Kollisionsrecht*, *IPRax* 2006, 338, 342 ff.

18 Manchmal wird auch vom „Herkunftslandprinzip“ gesprochen; vgl. aber *Coester-Waltjen*, *Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?* in: *Mansel et al.* (Hrsg.), *FS Jayme*, Bd. I, 2004, 121, 122. Zum Herkunftslandprinzip im gegebenen Zusammenhang auch *W.-H. Roth*, *IPRax* 2006, 338, 338 ff.

Kollisionsnormen zu demselben Ergebnis führen würden¹⁹ (sog. Blockverweisung²⁰). Die deutschen Behörden verhalten sich im Fall *Grunkin-Paul* daher nur dann gemeinschaftsrechtskonform, wenn sie den nach dänischem Recht gebildeten Namen eintragen, und zwar gerade auch dann, wenn das EGBGB in eine andere Richtung weisen würde.

Insgesamt ist daher die Tendenz erkennbar, dass das aus den Grundfreiheiten – zu denen der EuGH auch das Freizügigkeitsrecht zählt²¹ – abgeleitete „Anerkennungsprinzip“ den Bereich des Internationalen Privatrechts zunehmend in Beschlag nimmt.²² Dieser primärrechtliche Einfluss auf das Internationale Privatrecht wird von manchen anschaulich als „Konstitutionalisierung des IPR“ bezeichnet.²³

An den Entscheidungen *Garcia Avello* und *Grunkin-Paul* ist Kritik geübt worden.²⁴ Der EuGH setze sich nicht ausreichend mit der Frage auseinander, worin die Beschränkung der Freizügigkeit konkret liegen soll. Offenbar, so wird hervorgehoben, reichten ihm bloß abstrakt drohende Nachteile (des Kindes) für die Annahme einer Freizügigkeitsbeeinträchtigung sowie einer Diskriminierung.²⁵ Nicht jede Änderung hinsichtlich der Rechtsstellung des einzelnen Unionsbürgers könne aber zugleich eine Freizügigkeitsbeeinträchtigung darstellen, weil dieses Verständnis Art. 21 Abs. 1 AEUV völlig konturenlos und zum Einfallstor allumfassender Kontrollrechte des EuGH

19 *Coester-Waltjen*, in: FS Jayme (Fn. 18), 122. Auf die Ähnlichkeit mit der „Theorie der wohl-erworbenen Rechte“ (*vested rights theory, droit acquis*) weisen *Michaels*, in: FS Kropholler (Fn. 5), 163; *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 701 und *Lurger*, EF-Z 2008, 126, 130 hin. Nach der *vested rights theory* sei möglichst die Rechtsordnung zu wählen, die zur Anerkennung des nach einer ausländischen Rechtsordnung erworbenen Rechts führe. Allgemein dazu und zur Kritik an der Theorie *Kropholler*, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., 2006, § 21 I (146 ff., 147: zirkelschlussartige Argumentation).

20 Von einer „Blockverweisung“ auf die zuständige Rechtsordnung wird gesprochen, wenn sich die Verweisung nicht nur auf das IPR der verwiesenen Rechtsordnung bezieht, sondern auch dessen Internationales Zivilverfahrensrecht einschließt: vgl. *Siehr*, Paolo Picone: *Gesammelte Aufsätze zum Kollisionsrecht und die Blockverweisung auf die „zuständige Rechtsordnung“ im IPR*, IPRax 2005, 155, 157. Siehe auch *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 693.

21 Vgl. z. B. EuGH, Rs C-148/02, *Garcia Avello*, Slg I-11613, Rn. 24.

22 *Funken*, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht*, 2009, 130 ff. Siehe zur Diskussion, inwieweit die Grundfreiheiten einen Einfluss auf das IPR haben, *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 65 f., 677 ff.; *W.-H. Roth*, IPRax 2006, 338, 339 ff.; *Wendehorst*, in: *Langenbucher* (Fn. 9), Rz. 41 ff.

23 *Michaels*, in: FS Kropholler (Fn. 5), 151, 161 ff.

24 *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 706 (Gemeinschaftsbezug), 707 f. (*Garcia Avello*), 708 ff. (*Standesamt Niebüll*); *Lurger*, EF-Z 2008, 164, 169. *Kohler*, *Verständigungsschwierigkeiten zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und IPR*, in: *Mansel et al.* (Hrsg.), FS Jayme, Bd. I, 2004, 445, 454 ff. (*Garcia Avello*). Siehe aber *Wendehorst*, in: *Langenbucher* (Fn. 9), Rn. 88 (unterschiedliche Namensführung behindere offenkundig in der Ausübung der Grundfreiheit der Freizügigkeit).

25 Vgl. *Lurger*, EF-Z 2008, 126, 129.

machen würde.²⁶ Darüber hinaus gebe der Gerichtshof keine Hinweise darauf, welche Auswirkungen seine Urteile auf das Kollisionsrecht oder das Privatrecht allgemein haben könnten.²⁷ In der Literatur wird auch darauf verwiesen, dass die EuGH-Rechtsprechung weit über das Namensrecht hinausgehende Bedeutung für den gesamten Bereich der Statuswirkungen²⁸ haben könnte.²⁹

Die Kritik an der Rechtsprechung des Gerichtshofes soll an dieser Stelle aber nicht Thema sein.³⁰ Hier geht es vielmehr um die strukturellen Konsequenzen, die sich aus den geschilderten Entscheidungen und dem Anerkennungsprinzip ableiten lassen: Was heißt Anerkennungspflicht? Welche Reaktionsmöglichkeiten lassen sich auf europäischer und nationaler Ebene ableiten? Ersetzt das europäische IPR das Prinzip der Verweisung vielleicht sogar durch das der Anerkennung?³¹

2. Vermeidung hinkender Statusverhältnisse als Grundlage der Anerkennungspflicht

Die Erfassung der grundfreiheitlichen Anerkennungspflichten – die ihren Ausgangspunkt nicht im Privat-, sondern im Wirtschaftsverwaltungsrecht nehmen³² – durch die aus den nationalen Rechten bekannten Kategorien fällt nicht leicht. Vor allem fällt auf, dass eine solche „Anerkennung“ nicht zwischen unseren herkömmlichen Kategorien des Internationalen Privat- und des Internationalen Zivilverfahrensrechts unterscheidet.³³

26 Treffend *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 709 zum Schlussantrag von Generalanwalt *Jacobs* in der Rechtssache *Standesamt Niebüll*. Siehe auch *Kohler*, in: FS Jayme (Fn. 24), 456 f.

27 *Mansel/Thorn/Wagner*, *IPRax* 2009, 1, 2.

28 Vgl. *Kohler*, in: FS Jayme (Fn. 24), 455 f. (selbst bei restriktiver Interpretation erhebliche Auswirkungen); *Lurger*, EF-Z 2008, 126, 133 f., 168 ff.; *Henrich*, Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage, *IPRax* 2005, 422, 423.

29 *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 710 f. hält diese Schlüsse aus der Rsp. des EuGH nicht für zwingend; man könne die Entscheidungen auch auf den Aspekt des Schutzes namensrechtlicher Selbstbestimmung zurückführen.

30 An dieser Stelle ist nur darauf hinzuweisen, dass sich der EuGH in der Rs. *Grunkin-Paul* ausführlich mit der Frage auseinandersetzt, worin die Beeinträchtigung der Freizügigkeit des Namensträgers liegen könnte (EuGH, Rs. C-353/06, *Grunkin-Paul*, Rn. 23 ff.).

31 Grundlegend *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 651 ff.; *Coester-Waltjen*, Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht, *IPRax* 2006, 392, 392 ff.; *Coester-Waltjen*, in: FS Jayme (Fn. 18) 121 ff.; *W.-H. Roth*, *IPRax* 2006, 338, 342 ff.; zuletzt *Funken* (Fn. 22). Siehe bereits *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?, 501, 501 ff., die darauf hinweisen, dass die handelnden Akteure Internationales Privatrecht betreiben, ohne dass es ihnen bewusst ist (514).

32 *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 664 ff.

33 Vgl. grundlegend *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 712 ff. Außerdem wird unter dem Schlagwort der „Anerkennung von Rechtslagen“ eine dritte Kategorie geschaffen, die mit den beiden uns bekannten nicht erfasst werden kann: *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 716 f.

Dabei empfiehlt es sich, an den Grundgedanken der Anerkennung im Bereich der Personenfreizügigkeit zu erinnern. Die Anerkennungstheorie baut auf dem Gedanken auf, dass der „Empfangsstaat“ gegen das Freizügigkeitsgebot verstößt, wenn er das Recht des „Herkunftsstaats“ nicht akzeptiert. Legt man diesen Grundgedanken auf unser Problem um, ist freilich Vorsicht geboten: Dies darf nicht als Anerkennungspflicht des *materiellen Rechts* des Herkunftsstaates missverstanden werden. Wenn es um die „Anerkennung einer fremden Rechtslage“ geht, muss man sich vollständig in die Lage des fremden Rechts versetzen – das heißt: unter Einschluss des fremden Kollisionsrechts. Wenn auch der Ursprungsstaat einen Sachverhalt nicht nach seinen eigenen Sachnormen entscheiden würde, sondern mittels IPR-Verweisung fremdes Recht zur Anwendung brächte, dann gäbe es eben nur dieses „anzuerkennen“.

Im Fall *Grunkin-Paul* hätte Deutschland selbstverständlich ungehindert sein IPR (Art. 10 EGBGB) anwenden können, würde auch das dänische IPR an das (deutsche) Personalstatut des Namensträgers anknüpfen und damit deutsches Sachrecht berufen. Das Freizügigkeitsproblem würde sich umgekehrt auch nicht stellen, wenn das deutsche IPR bei Auseinanderfallen von Staatsbürgerschaft und gewöhnlichem Aufenthalt von vornherein eine Rechtswahlmöglichkeit des Namensträgers vorsähe.³⁴

Dieser Blick auf die Struktur des Anerkennungsproblems ist überaus viel-sagend, stellt sich doch heraus, dass sich der Konflikt mit dem Primärrecht überhaupt erst aus dem Umstand ergibt, dass die Ergebnisse in Herkunfts- und Empfangsstaat voneinander abweichen. Er beruht unmittelbar auf dem Umstand *hinkender Statusverhältnisse*. Ein „hinkender“ Status (Name, Ehe, Abstammung usw.) ist dadurch gekennzeichnet, dass er von einem Recht als gültig und vom anderen Recht als ungültig angesehen wird, allgemeiner gesprochen, wenn der Status von einem Recht anders beurteilt wird als von einem anderen.³⁵ Zu einer solchen Situation kann es nur kommen, wenn die Internationalen Privatrechte der beteiligten Staaten verschieden ausgestaltet sind. Im Falle einer Vergemeinschaftung und damit Vereinheitlichung des IPR scheiden hinkende Statusverhältnisse hingegen aus.³⁶ Verweisen die an einem grenzüberschreitenden Sachverhalt beteiligten Internationalen Privatrechte nämlich allesamt auf dasselbe materielle Recht, hängt die Entscheidung nicht mehr davon ab, in welchem Staat sie getroffen wird. Es gibt dann nicht mehr 27 Kollisionsrechtslagen, sondern nur mehr eine „Rechtslage nach Rom“. Auf unseren namensrechtlichen Sachverhalt bezogen: Sehen sowohl das belgische als auch das spanische

34 *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 699 f.

35 Siehe *Kropholler* (Fn. 19), § 35 I (240 f.).

36 Vgl. bereits *Henrich*, *IPRax* 2005, 422, 422; *Lurger*, *EF-Z* 2008, 164, 170.

Recht dieselben Regeln für die Namensführung durch Doppelstaatsbürger vor, heißt *García Avello* überall gleich.

Auf diesem Weg erreicht man EU-weiten Entscheidungseinklang.³⁷ Mit einer solchen Vereinheitlichung löst sich folglich auch das Anerkennungsproblem³⁸, weil ohnehin alle Rechtsordnungen zum selben Ergebnis gelangen. Im Fall *García Avello* bräuchte Belgien nichts „anzuerkennen“, weil das eigene IPR ohnehin zum selben Ergebnis wie das spanische kommen würde. Mit einer sekundärrechtlichen Vereinheitlichung des IPR wäre daher der Vorteil verbunden, dass den Erfordernissen der Rechtsprechung des EuGH Genüge getan würde, weil es so nicht zu hinkenden Rechtsverhältnissen kommen kann. Erst diese behindern aber die Freizügigkeit.³⁹ Sekundärrechtlich vereinheitlichte Normen sind demnach grundsätzlich mit den Vorgaben des Primärrechts vereinbar.⁴⁰

Aus diesem Grund ist auch mit einer Kollisionsrechtsvereinheitlichung nicht bloß ein Festschreiben der primärrechtlichen Anerkennungsrechtsprechung des EuGH verbunden. Die Vermeidung hinkender Statusverhältnisse bewahrt vor der Primärrechtswidrigkeit. Das IPR muss dann insbesondere nicht mehr einem „Herkunftslandprinzip“ folgen, weil die Rechtslage des Herkunftsstaates ohnehin der des Empfangsstaates entspricht. Der EU-Gesetzgeber ist vielmehr in der Ausgestaltung des Kollisionsrechts grundsätzlich frei (siehe dazu noch unter III.). Damit liegt in der Vereinheitlichung des Kollisionsrechts die nicht zu unterschätzende Chance, eine Grundforderung zu verwirklichen: die Anknüpfung nach dem Prinzip der engsten Beziehung⁴¹.

Im Großen und Ganzen gelungene Beispiele, wie das Prinzip der engsten Beziehung verwirklicht werden kann, sind die beiden Rom-Verordnungen. Sie bilden ein durchdachtes, in sich schlüssiges Verweisungssystem. Der

37 Vorbehaltlich des nationalen *ordre public* sowie nationaler Eingriffsnormen. Nach einer Kollisionsrechtsvereinheitlichung werden allerdings wohl auch die Hürden für eine Nichtanwendung einer IPR-Regel unter Berufung auf nationalen *ordre public* und nationale Eingriffsnormen höher werden. Das dürfte auch dem Bemühen des Gemeinschaftsgesetzgebers entsprechen (vgl. nur das „Offensichtlichkeitskriterium“ in Art. 21 Rom I und Art. 26 Rom II). Vgl. auch *Fucik*, Das neue Haager Unterhaltsprotokoll, iFamZ 2008, 90, 91: „äußerste Zurückhaltung“ bei der Berufung auf den *ordre public*.

38 So bereits *Lurger*, EF-Z 2008, 164, 170 (vgl. auch 126, 130 f.). Siehe auch *W.-H. Roth*, IPRax 2006, 338, 344.

39 Vgl. *Mansel*, RabelsZ 70 (2006), 651, 687.

40 *Mansel*, RabelsZ 70 (2006), 651, 711.

41 Vgl. auch *Sonnenberger*, Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR, in: Baetge/von Hein/von Hinden (Hrsg.), FS Jan Kropholler, 2008, 227, nach dem es erfreulich sei, dass sich der EU-Gesetzgeber nicht auf Anerkennungsregeln eingelassen habe (228 f.). Mit der Rückkehr zu objektiven Kollisionsnormen und zum Prinzip der engsten Beziehung sei die unselige Diskussion über das Herkunftslandprinzip als angeblich EG-primär- und auch sekundärrechtliches Prinzip an ihr Ende gelangt (236).

europäische Gesetzgeber sollte die Chance nutzen, Ähnliches im Bereich des Erb- und Familienrechts zustande zu bringen. Allen Gegnern einer Vereinheitlichung sollte man die Frage stellen, was ihnen lieber ist: das Mitwirken an einem gemeinsamen Kollisionsrecht oder die Auslieferung an fremdes nationales IPR über das europarechtlich bereits jetzt vorgegebene Anerkennungsprinzip? Ein Blick auf die Judikatur des EuGH zur Freizügigkeit gibt die Antwort.

3. Primärrechtskonformes Sekundärrecht

Obwohl die EU grundsätzlich eine Kompetenz zur Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts hat, bedeutet dies keinen inhaltlichen Freibrief für den Gemeinschaftsgesetzgeber. Sekundärrechtliche Kollisionsnormen müssen sich nämlich ihrerseits am höherrangigen Primärrecht messen lassen.⁴² Dieses enthält zwar kein materiell-rechtliches Herkunftslandprinzip, sodass ein primärrechtlicher Grundsatz, dass stets das Sachrecht eines (wie immer auch zu bestimmenden) Herkunftslandes anzuerkennen ist, nicht existiert (siehe oben II.). Vereinheitlichtes IPR darf aber insbesondere nicht selbst in einer Weise ausgestaltet sein, die geeignet ist, die Unionsbürger an der Ausübung ihrer Freizügigkeit zu hindern.

In den Verdacht der Primärrechtswidrigkeit würde z. B. eine sekundärrechtliche Regelung gelangen, die zwingend eine Statusveränderung an einen wechselnden Aufenthalt knüpft. *Kohler*⁴³ leitet aus Art. 12 EG [jetzt Art. 18 AEUV] überhaupt ein weitgehendes Verbot ab, das anwendbare Recht an die Staatsangehörigkeit zu knüpfen. Die Frage soll hier nicht vertieft werden. Hinzuweisen ist nur darauf, dass kollisionsrechtliche Normen mit den primärrechtlichen Vorgaben besonders dann kompatibel erscheinen, wenn sie – wo dies sachlich angemessen ist – Rechtswahlmöglichkeiten vorsehen⁴⁴.

4. Hürden für eine Rechtsvereinheitlichung

So wünschenswert eine vollständige Kollisionsrechtsvereinheitlichung durch die EU auch ist, so utopisch scheint sie zum gegenwärtigen Zeitpunkt. Neben politischen sind nämlich auch in den Verträgen angelegte Hürden zu überwinden.

Bekanntlich nehmen Dänemark, das Vereinigte Königreich und Irland hinsichtlich der Kollisionsrechtsvereinheitlichung eine Sonderrolle ein

42 *Kohler*, Der europäische Justizraum für Zivilsachen und das Gemeinschaftskollisionsrecht, IPRax 2003, 401, 408.

43 *Kohler*, IPRax 2003, 401, 408.

44 Vgl. z. B. Art. 20a des Vorschlages für eine Rom III-VO, KOM(2006) 399 endg. (Rechtswahl durch die Parteien bei Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes).

(Art. 69 EG)⁴⁵: Dänemark beteiligt sich generell nicht an den Arbeiten zur justiziellen Zusammenarbeit, das Vereinigte Königreich und Irland können bei jedem Rechtsakt entscheiden, ob sie sich beteiligen. Schon das führt offenkundig zu einer gewissen Rechtszersplitterung.

Ein großes Hindernis der Rechtsvereinheitlichung liegt im Bereich des Familienkollisionsrechts zusätzlich im Erfordernis der Einstimmigkeit im Rat (Art. 81 Abs. 3 AEUV), das zu einem Vetorecht und damit zu einer Blockademöglichkeit jedes Mitgliedstaates führt. Nicht zuletzt daran ist die Rom III-VO zum Internationalen Eherecht gescheitert.⁴⁶ Lassen sich Vorhaben aus diesem Grund nicht durchsetzen, bleibt allerdings immer noch die Möglichkeit der Anwendung der Vorschriften zur verstärkten Zusammenarbeit (Art. 20 EUV; Art. 329 AEUV).⁴⁷ Auf dieser Grundlage können entsprechende EU-Verordnungen geschaffen werden, an denen nur die einigungswilligen Mitgliedstaaten beteiligt sind.⁴⁸ Damit ist zwar nicht der Idealzustand erreicht, das „Anerkennungsproblem“ wäre aber in allen grenzüberschreitenden Sachverhalten gelöst, die nur die an der verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten betreffen.

Mitunter wird überhaupt angezweifelt, ob sich die EU im Internationalen Privatrecht auf eine Kompetenzgrundlage berufen kann. Die EU besitzt ja keine umfassende Rechtsetzungsmacht, sondern es bedarf dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 EUV) entsprechend einer konkreten Grundlage im EG. Die Artt. 61 lit. c, 65 lit. b EG [vgl. nun Art. 81 AEUV] schaffen eine Kompetenz zur „Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen (...)“, soweit sie „für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind“.⁴⁹ Die Formulierung des Kompetenztatbestandes wirft zwei Probleme auf.⁵⁰

Zum einen fragt sich, ob die *Förderung der Vereinbarkeit* der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen deren *vollständige Vereinheitlichung* zu rechtfertigen vermag. Diese Frage, die sich freilich schon bei den beiden bereits geltenden Rom-VO stellt, wird von der herrschenden Ansicht bejaht.⁵¹ Die Auslegung ist angesichts des Wortlauts des Art. 65

45 Vgl. näher *Graßhof*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., 2009, Art. 69 Rn. 1 ff. Daran hat sich auch durch den Reformvertrag nichts geändert.

46 Siehe *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2009, 1, 2.

47 *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2009, 1, 2, 9.

48 *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2009, 1, 2.

49 Siehe dazu umfassend *Dohrn*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im Internationalen Privatrecht, 2004.

50 Die Rechtslage hat sich durch den Reformvertrag geringfügig geändert. Art. 81 Abs. 2 lit. c AEUV schafft nun sogar eine Kompetenz für die „Vereinbarkeit“, nicht nur für die „Förderung der Vereinbarkeit“ der Kollisionsnormen.

51 Vgl. *Dohrn* (Fn. 49), 136 ff.; *Funken* (Fn. 22), 100 (Nw. in Fn. 102); *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 659. A. A. *Rossi*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, 2. Aufl., 2007, Art. 65 Rn. 16.

lit. b EG (vgl. aber Fn. 50) zwar problematisch, aber immerhin mit dem der Norm zugrunde liegenden Zweck offenkundig vereinbar. Freilich gelten auch bei diesem Kompetenztatbestand die Grenzen des Art. 5 EUV, sodass einer grenzenlosen Rechtsetzung das Subsidiaritäts-⁵² und das Verhältnismäßigkeitsprinzip entgegenstehen.⁵³

Zum anderen fragt sich, ob eine Vereinheitlichung des Familien- und Erbkollisionsrechts für das *reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes* erforderlich ist. Auch hier nimmt die h. A. eine weite Auslegung vor und verzichtet auf einen wirtschaftlichen Bezug zum Binnenmarkt.⁵⁴ Dass sich die Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft nicht auf rein wirtschaftsorientierte Maßnahmen beschränken kann, ergibt sich schon implizit aus Art. 81 Abs. 3 AEUV, der familienrechtliche Aspekte erwähnt.⁵⁵ Außerdem ist bei der Auslegung zu bedenken, dass der Vertrag von Amsterdam mit den Artt. 61 lit. c, 65 EG die intergouvernementale justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, deren Zweck in der Koordination nicht unmittelbar binnenmarktbezogener Aufgaben lag, in eine Gemeinschaftsaufgabe überführt hat.⁵⁶ Ein der systematischen Auslegung zuzurechnendes Argument bestätigt die h. A. schließlich. Es besteht nämlich ein Zusammenhang mit der – nicht wirtschaftsbezogenen – allgemeinen Freizügigkeit (Art. 21 AEUV), weshalb kollisionsrechtliche Vorschriften, die der Erleichterung der Personenfreizügigkeit im Gemeinschaftsraum dienen, von der Kompetenz gedeckt sind.⁵⁷

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die h. A. in Art. 65 EG [Art. 81 AEUV] eine grundsätzlich umfassende Kompetenz zur Vereinheitlichung des Kollisionsrechts auf europäischer Ebene sieht.⁵⁸

5. Alternativen zur IPR-Vereinheitlichung

Es wurde bereits auf die Hürden für eine vollständige Rechtsvereinheitlichung im Kollisionsrecht hingewiesen. In der Folge ist daher zu untersuchen, welche Alternativen bestehen. Zu unterscheiden sind gemeinschaftsrechtliche und nationale Reaktionsebenen.

52 Vgl. z. B. Kohler, IPRax 2003, 401, 411.

53 Siehe Dohrn (Fn. 49), 225 ff.; Funken (Fn. 22), 284 f.

54 Dohrn (Fn. 49), 97 ff.; Tarko, in: Mayer (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, 2003, Art. 65 Rn. 61 ff.; Mansel, RabelsZ 70 (2006), 651, 658 f. Zur Bedeutung des Wortes „reibungslos“ vgl. z. B. Graßhof, in: Schwarze (Fn. 45), Art. 65 Rn. 11.

55 Mansel, RabelsZ 70 (2006), 651, 683.

56 Mansel, RabelsZ 70 (2006), 651, 658.

57 So zutreffend Mansel, RabelsZ 70 (2006), 651, 658 f.

58 Vgl. die Nachweise bei Funken (Fn. 22), 280 ff. zur Frage, ob sich dem Art. 65 EG eine Kompetenz zur Vereinheitlichung des materiellen Rechts entnehmen lässt. Die h. A. verneint dies, vgl. Mansel, RabelsZ 70 (2006), 651, 660 und Lurger, EF-Z 2008, 126, 128. A. A. insb. Dethloff, Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts, AcP 204 (2004), 545, 565.

a) Europäisches Anerkennungsrecht?

Parallel zur fortschreitenden Kollisionsrechtsvereinheitlichung wird auf europäischer Ebene derzeit – vor allem im Bereich des Personenstands-, Familien- und Erbrechts – eine Diskussion über die Schaffung von Sekundärrechtsakten geführt, deren Gegenstand eine „Anerkennung von Rechtslagen“ ist⁵⁹. In Gang gebracht wurde die Diskussion nicht zuletzt durch die – oben dargestellte – jüngere Rechtsprechung des EuGH. Die Judikatur führt nämlich zu zahlreichen Folgeproblemen. Was ist überhaupt eine Rechtslage? Ab wann ist eine Rechtslage anzuerkennen? Welcher Voraussetzungen bedarf die Anerkennung? Wie bestimmt sich der Erststaat? Ziel der Diskussion der Anerkennung von Rechtslagen ist die Klärung dieser offenen Fragen.

Betrachtet man die Definition der Rechtslagen-Anerkennung näher, so fällt auf, dass sie nicht zwischen den bekannten Kategorien des Kollisionsrechts und des Internationalen Zivilverfahrensrechts trennt. Eine im Ausland durch „privaten Akt“ geschaffene Rechtslage (d. h. ein Rechtsgeschäft!) wird üblicher Weise im Inland „anerkannt“, indem das IPR des Anerkennungsstaates dies vorsieht⁶⁰. Ausländische „behördliche Akte“ sind grundsätzlich Gegenstand einer verfahrensrechtlichen Anerkennung, die das (nationale oder europäisch determinierte) IZPR des anerkennenden Staates vorsehen muss. Die sachliche Rechtfertigung dieser Zuordnung (Wirksamkeit von Rechtsgeschäften – IPR, Anerkennung behördlicher Entscheidungen – IZPR) wird im Grundsatz zu Recht nicht bestritten.

Worin liegt die spezifische Bedeutung einer „Anerkennung von Rechtslagen“? In der Diskussion genannt werden Rechtslagen, die ihren Ausdruck in *nicht rechts- oder bestandskräftigen, z. B. deklarativen*, behördlichen oder gerichtlichen Urkunden oder Registereintragungen gefunden haben und daher an sich kein Gegenstand einer verfahrensrechtlichen Anerkennung sind. Als Beispiele genannt werden etwa Eintragungen in ein Personenstandsregister (Name, Eheschließung, Lebenspartnerschaft usw.) oder amtliche Urkunden⁶¹. Ein europäisches Anerkennungssystem könnte diese Fragen in Angriff nehmen. Der Unterschied zur kollisionsrechtlichen Verweisung liegt darin, dass die Rechtslage ihren Ausdruck in einem „behördlichen Akt als Kristallisationspunkt für schützenswertes Vertrauen“ gefunden hat.⁶²

Solange die Bemühungen des europäischen Gesetzgebers das Ziel verfolgen, auf die Judikatur des Gerichtshofes zu reagieren und die dadurch aufgeworfenen Fragen zu regeln, erscheint das Anliegen sachlich gerechtfertigt.

⁵⁹ Dazu bereits oben II.1.

⁶⁰ Siehe die zutreffenden Ausführungen von *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 716.

⁶¹ Vgl. z. B. für Deutschland den Erbschein gem. §§ 2365 ff. BGB.

⁶² *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 704f., 715 ff.: Die Anerkennung kann sich aber von vornherein nicht auf fehlerhaft gebildete Rechtslagen erstrecken.

tigt. *Mansel*⁶³ und *Funken*⁶⁴ haben allerdings aufgezeigt, mit welchen Schwierigkeiten und Folgeproblemen ein solches Anerkennungssystem zu kämpfen hätte⁶⁵. Vor allem dort, wo sich die Wirkung der Anerkennung nicht bloß in der Bejahung eines Rechtsverhältnisses erschöpfen kann, sondern an das Rechtsverhältnis selbst weitere, u. U. komplexe Wirkungen geknüpft werden (sollen), führte die Anerkennung nur zu einer Verkomplizierung der Rechtsanwendung.⁶⁶ Wird z. B. eine Ehe anerkannt, so ist es *damit allein* wohl nicht getan. Vielmehr stellt sich natürlich sofort die Frage, wie weit die Anerkennungswirkungen reichen. Werden auch alle personen- und vermögensrechtlichen Ehwirkungen vollständig anerkannt, bedeutet Anerkennung der Ehe auch, dass der anerkennende Staat Möglichkeiten vorsehen muss, die Ehe zu scheiden (usw)?⁶⁷

Hinzu kommt, dass ein solches Anerkennungsrecht in der Sache nichts anderes wäre als die Implementierung eines parallelen Kollisionsrechtssystems⁶⁸. Denn die Anerkennung der fremden Entscheidung lässt das im Empfangsstaat geltende IPR außer Betracht. Sie führt also zu einer Akzeptanz von Rechtslagen, die nicht geschaffen worden wären, wenn von vornherein die inländische Behörde entschieden hätte. Das ist gerade ihr Sinn. So wäre z. B. eine im Ausland geschlossene Ehe im Inland auch dann anzuerkennen, wenn sie hier (unter Einschluss des IPR) nicht wirksam hätte zustande kommen können. Eine solche Doppelgleisigkeit führte außerdem im Bereich der Anerkennung zu einer Auslieferung an fremdes (Kollisions-)Recht. Die Parameter für das Zustandekommen der fremden, anzuerkennenden Entscheidung können nämlich in keiner Weise kontrolliert werden.

Eine „wirkliche“ *IPR-Vereinheitlichung* würde hingegen dazu beitragen, das Verhältnis von IPR und IZPR wieder etwas klarer zu fassen. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass das IZPR zwei verschiedene Funktionen einnimmt. Einerseits fungiert es, wie gerade ausgeführt, als verkapptes zweites

63 *RabelsZ* 70 (2006), 651, 719 ff.

64 A.a. O. (Fn. 22), insb. 293 ff.

65 Vgl. aber zu den Vorteilen eines Anerkennungssystems z. B. *Coester-Waltjen*, in: *FS Jayme* (Fn. 18), 123 f.

66 Grundlegend *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 719 ff.

67 Vgl. die Ausführungen von *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 719 ff., der die grundsätzliche Frage behandelt, ob die Anerkennung als „Wirkungserstreckung“ (dem Akt wird die gleiche rechtliche Wirkung wie im Ursprungsstaat beigelegt) oder als „Wirkungsgleichstellung“ (der Akt wird einem entsprechenden inländischen gleichgestellt) zu verstehen wäre. Siehe auch *Coester-Waltjen*, in: *FS Jayme* (Fn. 18), 124 ff; *dieselbe*, *IPRax* 2006, 392, 393. Die Frage stellt sich auch bei der klassischen verfahrensrechtlichen Anerkennung und wird dort grundsätzlich im Sinne der Wirkungserstreckung beantwortet, vgl. nur *Kropholler* (Fn. 19) § 60 V (678 ff.); *Nunner-Krautgasser*, *Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen – Dogmatische Grundfragen*, *ÖJZ* 2009, 793, 799.

68 *Kropholler* (Fn. 19) § 60 IV (677).

Kollisionsrechtssystem⁶⁹. Das ist aber weder die Hauptfunktion des IZPR noch sein ursprünglicher Zweck.⁷⁰ Die Anerkennung fremder Entscheidungen liegt nämlich primär im eigenen Interesse des anerkennenden Staates und soll verhindern, dass die Beteiligten ihren (woanders bereits entschiedenen) Streit ein zweites Mal in derselben Sache, nun aber im Inland austragen, was den inländischen Justizapparat unnötig belasten würde.⁷¹ Diese zweite Funktion ist im Grundsatz völlig unabhängig von der Frage, ob die Entscheidung im Inland zu einem anderen Ergebnis gelangen würde.⁷² Der Umstand, dass die verfahrensrechtliche Anerkennung zu einem zweiten – versteckten – Kollisionsrecht führt, ist damit eher eine mit dem eigentlichen Zweck verbundene Notwendigkeit. Eine rasche und unkomplizierte Anerkennung kann nämlich nur dann ihren Zweck erfüllen, wenn sie von der Rechtslage im Inland unabhängig ist.

Ein europäisches Kollisionsrecht könnte dazu beitragen, diesen Bereich des IZPR auf seinen eigentlichen Zweck zurückzuführen. Die Anerkennung fremder gerichtlicher Entscheidungen konzentrierte sich dann nämlich vollständig auf die Vermeidung eines zweiten Verfahrens in derselben Sache. Die verfahrensrechtliche Anerkennung würde aber nicht mehr die Funktion eines versteckten Kollisionsrechtsregimes übernehmen: Der mit der Kollisionsrechtsvereinheitlichung einhergehende europäische Entscheidungseinklang brächte es mit sich, dass die Entscheidung überall gleich lauten würde, gleich vor welches europäisches Gericht sie kommt.⁷³ Gegenstand der Anerkennung wären dann stets Entscheidungen, zu denen das inländische Gericht selbst auch käme.

Damit besteht auch kein grundsätzlicher Widerspruch zwischen Verweisungsrecht im Sinne des IPR und Anerkennungsrecht im Sinn des IZPR. Die beiden Materien ergänzen sich vielmehr. Das Verweisungsrecht sorgt für die inhaltliche Determinierung internationaler Sachverhalte, während das Anerkennungsrecht zu internationaler (europaweiter) Akzeptanz der getroffenen Entscheidungen führt.

b) Nationale Reaktionspflicht

Solange kein vereinheitlichtes Kollisions- oder zumindest Anerkennungsrecht existiert, müssen die Mitgliedsstaaten ihre Rechtsordnung so aus-

69 Mansel, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 724 f.

70 Vgl. auch von Hoffmann/Thorn, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl., 2007, § 3 Rn. 173 und 254.

71 Vgl. nur Geimer, in: Zöllner, *ZPO*, 27. Aufl., 2009, § 328 Rn. 4.

72 Die potenzielle Verschiedenheit der Ergebnisse ist in Extremfällen sogar ein Argument, die Anerkennung über den *ordre public* zu versagen (vgl. Art. 34 Ziffer 1 EuGVVO). Eine kollisionsrechtliche Kontrolle der Entscheidung findet freilich nicht statt: von Hoffmann/Thorn, *IPR* (Fn. 70), § 3 Rn. 254 (vgl. auch Rn. 173).

73 Freilich ist an die bekannten Einschränkungen zu erinnern: Nationaler *ordre public*, Eingriffsnormen, verschiedene Verfahrensrechte usw. können den Entscheidungseinklang hindern.

gestalten, dass sie nicht in Konflikt mit dem primärrechtlichen Freizügigkeitsrecht gerät.

*Mansel*⁷⁴ hat grundlegend herausgearbeitet, dass Art. 18 EG [jetzt Art. 21 AEUV] ein zu erreichendes Ergebnis vorgibt, es den Mitgliedsstaaten aber überlässt, wie sie dieses Ziel erreichen. Die Grundfreiheiten enthalten nämlich einen Kontrollmaßstab⁷⁵, an dem sich das nationale Recht messen lassen muss, nicht jedoch eine Methodenvorgabe.⁷⁶ So würde in den Fällen *Garcia Avello* und *Grunkin-Paul* nicht nur die Änderung des nationalen IPR in Richtung einer Wahlmöglichkeit zwischen den konkurrierenden Rechten in Betracht kommen, um dem Primärrechtswidrigkeitsverdikt zu entkommen. Belgien und die Niederlande haben auf die EuGH-Rechtsprechung in der Sache *Garcia Avello* etwa dadurch reagiert, dass sie ihr Namensänderungsverfahren geändert haben; die Doppelstaatsbürgerschaft ist ein wichtiger Grund zur verwaltungsrechtlichen Namensänderung.⁷⁷ Dieser Weg ist primärrechtskonform, weil er das erforderliche Ziel zu erreichen vermag.⁷⁸ Allein darauf kommt es an. Art. 18 EG [Art. 21 AEUV] enthält daher keine Kollisionsnormen, sondern „verstecktes Kollisionsrahmenrecht“⁷⁹. Die Grundfreiheiten geben einen Rahmen für grenzüberschreitende Sachverhalte vor, dem die nationalen Rechte entsprechen müssen.

6. Exkurs: Materieilrechtlicher Anpassungsdruck?

Der namensrechtlichen EuGH-Rsp. werden vielfach verallgemeinerungsfähige Aussagen hinsichtlich der Anerkennung von Statuswirkungen entnommen⁸⁰. Die Judikatur kann darüber hinaus – genauso wie die wünschenswerte Kollisionsrechtsvereinheitlichung – auch indirekte materielle Konsequenzen haben.

Zum einen könnte die Anerkennung/Kollisionsrechtsvereinheitlichung ein gewisser faktischer Antriebsmotor für eine Rechtsangleichung im materiellen Recht sein. Die Akzeptanz fremder, der heimischen Rechtsordnung unbekannter Rechtsinstitute könnte durch die Pflicht zu ihrer Anerkennung steigen, möglicher Weise geht die „Furcht vor dem Unbekannten“ verloren. Das könnte namentlich für gleichgeschlechtliche oder registrierte Partnerschaften gelten.

Eine Anerkennung fremder Rechtslagen könnte neben dieser rechtspolitischen Funktion aber auch *de lege lata* für die Angleichung des materiellen

74 *RabelsZ* 70 (2006), 651, 677 ff.

75 *Wendehorst*, in: Langenbucher (Fn. 9), Rn. 49, 79 ff., 87 ff.

76 *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651, 677 ff., 681 f.

77 Näher *Mansel/Thorn/Wagner*, *IPRax* 2009, 1, 3 f.; vgl. allerdings krit. *Lurger*, *EF-Z* 2008, 126, 129 (Fn. 27).

78 Vgl. aber *Lurger*, *EF-Z* 2008, 126, 129 (Fn. 27).

79 Vgl. nur *Wendehorst*, in: Langenbucher (Fn. 9), Rn. 49.

80 Siehe oben II.1.

Rechts von Bedeutung sein. Dadurch werden Sachverhalte in einem Mitgliedstaat nämlich verschieden beurteilt, je nachdem ob sie einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen oder nicht. Diese Schlechterstellung rein inländischer gegenüber grenzüberschreitenden Sachverhalten stellt nach manchen eine Inländerdiskriminierung dar.⁸¹ Da EUV/AEUV mangels grenzüberschreitenden Bezuges nicht anwendbar sind, gerät eine Verschiedenbehandlung nicht in Konflikt mit Art. 12 EG [Art. 18 AEUV].⁸² Die Inländerdiskriminierung ist vielmehr ein Problem des nationalen Verfassungsrechts, insbesondere des Gleichheitssatzes.⁸³

Ein solcher Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz muss aber verneint werden. Die Verschiedenbehandlung inländischer und grenzüberschreitender Sachverhalte ist keine Besonderheit der Anerkennungsjudikatur, sondern typisch für auslandsbezogene Sachverhalte. Sinn des IPR ist es, die engste Beziehung eines Sachverhaltes zu einer Rechtsordnung zu ermitteln. Zieht etwa ein in Spanien verheiratetes gleichgeschlechtliches spanisches Paar nach Österreich, so wird diese Ehe in Österreich „anerkannt“, weil das IPR auf das Heimatrecht der gleichgeschlechtlichen Partner – spanisches Recht – verweist.⁸⁴ Der Umstand, dass gleichgeschlechtlichen Partnern das Institut der Ehe nach österreichischem materiellem Recht nicht offensteht, ist im Lichte des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes völlig unproblematisch.⁸⁵ Der Auslandsbezug, der zur Anwendung des materiellen Rechts einer anderen als der inländischen Rechtsordnung führt, ist ein überzeugendes inhaltliches Differenzierungskriterium. Warum sich diese Beurteilung ändern sollte, nur weil das Ergebnis aus der Anerkennungsjudikatur des Gerichtshofes abzuleiten ist, ist nicht zu sehen.⁸⁶

81 So im Zusammenhang mit der Anerkennungsjudikatur des Gerichtshofes *Lurjer*, EF-Z 2008, 126, 133. Allgemein zur Inländerdiskriminierung vgl. *Holoubek*, in: Schwarze (Fn. 45), Art. 12 Rn. 19ff.; *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 51), Art. 12 Rn. 27ff. spricht von „umgekehrten Diskriminierungen“.

82 H.A.: Vgl. *Holoubek*, in: Schwarze (Fn. 45), Art. 12 Rn. 19; *Schweitzer/Hummer/Obwexer* (Fn. 11), Rn. 1306.

83 *Holoubek*, in: Schwarze (Fn. 45), Art. 12 Rn. 21; *Schweitzer/Hummer/Obwexer* (Fn. 11), Rn. 1308. *Lurjer*, EF-Z 2008, 126, 133 dürfte von einem Konflikt mit dem (österreichischen) verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz ausgehen.

84 *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht, 2007, Rn. 03. 05.

85 Man könnte bereits hinterfragen, ob hier überhaupt von einer Diskriminierung durch den inländischen Gesetzgeber gesprochen werden kann. Um dies festzustellen, darf man nicht einfach (ergebnisorientiert) das österreichische mit dem spanischen materiellen Recht vergleichen. Ansatzpunkt müsste die nationale kollisionsrechtliche Anknüpfungsnorm sein, die aber Inländer an sich überhaupt nicht diskriminiert, sondern an der (gemeinsamen) Staatsangehörigkeit der Partner anknüpft, was sachlich auch angemessen scheint.

86 Leitet sich die Diskriminierung aus europarechtlichen Vorgaben ab, könnte man sogar behaupten, dass ein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz deshalb ausscheidet, weil nicht der nationale Gesetzgeber differenziert, an den sich das Gleichbehand-

III. Die Vorfrage und die Rom-Verordnungen

1. Allgemeines

Die bisherigen Ausführungen betrafen den Einfluss des primären Gemeinschaftsrechts auf das mitgliedstaatliche IPR und die Bestrebungen, das Kollisionsrecht zu vereinheitlichen. Die folgenden Überlegungen widmen sich hingegen einem Problem des geltenden sekundären IPR. Mit der Verabschiedung der Verordnungen Rom I und II, die im Grundsatz das gesamte Kollisionsrecht der Schuldverhältnisse umfassen⁸⁷, hat der europäische Gesetzgeber bereits die ersten Fundamente einer IPR-Kodifikation gelegt.⁸⁸

Die beiden Verordnungen weisen Parallelen auf und sind inhaltlich aufeinander abgestimmt. Das gilt natürlich besonders für die Fragen, die dem „Allgemeinen Teil“ des Kollisionsrechts zugeordnet werden. Hinzuweisen ist etwa auf die ähnlichen oder sogar identen Regelungen betreffend Verweisungstechnik (Art. 20 Rom I, Art. 24 Rom II: Sachnormverweisung), Mehrrechtsstaaten (Art. 22 Rom I, Art. 25 Rom II), ordre public (Art. 21 Rom I, Art. 26 Rom II) und Eingriffsnormen (Art. 9 Rom I, Art. 16 Rom II). Auch hinsichtlich der Qualifikation herrscht Übereinstimmung: Die Auslegung der Kollisionsnorm hat autonom zu erfolgen.⁸⁹ Das wird zwar in keiner Bestimmung explizit angesprochen, ergibt sich aber aus dem Vereinheitlichungszweck der Verordnungen, der seinen Ausdruck in verschiedenen Erwägungsgründen gefunden hat⁹⁰.

Ein zentrales Problem des Allgemeinen Teils des Kollisionsrechts, nämlich das der Anknüpfung von Vorfragen, wird allerdings in keiner der beiden Verordnungen angesprochen.⁹¹ Die Vorfrage soll daher Gegenstand der folgenden Ausführungen sein.

2. Begriff der Vorfrage

„Vorfragen“ oder „präjudizielle Rechtsverhältnisse“ begegnen dem Juristen ständig. Wer wissen möchte, ob eine Ehe geschieden werden kann („Hauptfrage“), muss zuerst als Vorfrage klären, ob sie wirksam zustande gekommen ist. Wer einen außervertraglichen Schadenersatz wegen Eigentumsverletzung prüft, muss zunächst klären, ob der Geschädigte Eigentümer war. Im Internationalen Privatrecht wirft die Vorfrage Probleme auf, weil sich

lungsgebot aber richtet. Indes scheint nicht entscheidend zu sein, woher die Differenzierung kommt, sondern dass sie besteht und vom nationalen Gesetzgeber auch beseitigt werden kann, vgl. *Schweitzer/Hummer/Obwexer* (Fn. 11), Rn. 1309.

87 Vgl. aber die Anwendungsausnahmen in Art. 1 Abs. 2 der jeweiligen Verordnung.

88 *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2009, 1, 1 ff.

89 *Heinze*, Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts, in: *Baetge/von Hein/von Hinden* (Hrsg.), FS Kropholler, 105, 107 ff.

90 Siehe etwa EG 6 Rom I, EG 6, 11, 30 Rom II.

91 Vgl. *Sonnenberger*, in: FS Kropholler (Fn. 41), 240 f.

– von der Hauptfrage gesondert – wieder die Frage des anwendbaren Rechts stellt.

Man unterscheidet zwei Konstellationen⁹²: Eine Vorfrage kann sich entweder schon bei der *Anwendung einer Kollisionsnorm* stellen. So ist z. B. bei einer Kollisionsnorm, die über das anwendbare Recht bei Ehescheidung abspricht, Vorfrage, ob überhaupt eine Ehe geschlossen wurde. Diese Vorfrage wird als „kollisionsrechtliche Vorfrage“ oder als „Erstfrage“ bezeichnet.⁹³

Die präjudizielle Frage kann sich aber auch bei *Anwendung des materiellen Rechts* nach der kollisionsrechtlichen Anknüpfung stellen; man spricht dann von einer „materiell-rechtlichen Vorfrage“.⁹⁴ Ein Beispiel im Anwendungsbereich von Rom II: Ein österreichischer Geschädigter macht einen außervertraglichen Schadenersatzanspruch wegen einer Sachbeschädigung gegen einen französischen Schädiger geltend, die Beschädigung hat sich in Österreich ereignet. Der Fall kommt vor ein französisches Gericht. Gem. Art. 4 der Rom II-VO wendet der Richter in der Hauptfrage österreichisches materielles Schadenersatzrecht an. Im Zuge der Beurteilung stellt sich die Frage, ob der Geschädigte Eigentümer der beschädigten Sache war. Nach welchem Recht ist diese Vorfrage zu entscheiden?

3. Meinungsstand

Es existieren zahlreiche Stellungnahmen zur Anknüpfung der Vorfrage, handelt es sich dabei doch um ein altbekanntes (strukturelles) Problem des Kollisionsrechts. Für die Vorfragenanknüpfung im europäischen Kollisionsrecht ist wie folgt zu differenzieren: Bei Erstfragen erfolgt die Anknüpfung nach der h. A. durch das Kollisionsrecht der *lex fori*.⁹⁵ Hat der Richter zu beurteilen, ob eine Ehe geschieden werden kann, prüft er also zunächst das Zustandekommen der Ehe nach der entsprechenden (anderen) Kollisionsnorm. Nur wenn er zu dem Ergebnis gelangt, dass die Ehe wirksam ist, setzt er die Prüfung in der Hauptfrage fort.

Die Anknüpfung materiellrechtlicher Vorfragen ist hingegen sehr umstritten. In der Literatur herrscht ein „Schulenstreit“, es werden zwei Ansichten⁹⁶ vertreten: Nach einer Meinung sind materiell-rechtliche Vor-

92 Kropholler (Fn. 19) § 32 I (221); von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Band I, 2. Aufl., 2003, § 7 Rn. 182 ff.

93 Vgl. Kropholler (Fn. 19) § 18 II (134 f.), § 32 I (221).

94 Vgl. nur Kropholler (Fn. 19) § 32 I (221).

95 Statt vieler Kropholler (Fn. 19), § 32 III (223 f.), dessen Aussagen für die Rom-Verordnungen übernommen werden können. A. A. aber aufgrund des Vereinheitlichungszwecks von Staatsverträgen von Hoffmann/Thorn (Fn. 70) § 6 Rn. 55.

96 Vgl. aber Heinze, in: FS Kropholler (Fn. 89), 112, der neben den beiden „herkömmlichen“ Lösungsmöglichkeiten noch zwei weitere ins Spiel bringt, nämlich die „schlichte Anwendung des Sachrechts des Forums oder des Sachrechts der Hauptfrage“.

fragen – wie Erstfragen – selbstständig nach dem IPR der *lex fori* anzuknüpfen.⁹⁷ In unserem Schadenersatzrechtlichen Fall (II.) würde dies bedeuten, dass sich die Anknüpfung der Frage, ob der Geschädigte Eigentümer ist, nach französischem IPR richtete. Der Richter müsste die Prüfung des Schadenersatzanspruches also unterbrechen, sobald sich die Vorfrage stellt, französisches Sachenrechts-IPR anwenden, und die Vorfrage des Eigentums nach der danach berufenen Rechtsordnung lösen. Hat er die Frage gelöst, prüft er den Schadenersatzanspruch anschließend nach österreichischem materiellem Recht weiter. Für die selbstständige Anknüpfung wird vor allem der „interne Entscheidungseinklang“ ins Treffen geführt⁹⁸: Es könne nicht sein, dass eine Ehe einmal gültig, dann wieder ungültig, man einmal Eigentümer, dann wieder nicht sei, je nachdem ob sich die konkrete Frage (Anknüpfung der Ehe) als Vorfrage (Scheidung möglich?) oder als Hauptfrage (Gültigkeit der Ehe?) stellt.⁹⁹

Nach einer anderen Ansicht ist das Kollisionsrecht der *lex fori* hingegen unbeachtlich. Vielmehr sei das Kollisionsrecht der Rechtsordnung, die in der Hauptfrage berufen ist (*lex causae*), für die Anknüpfung der materiellrechtlichen Vorfrage anwendbar („unselbstständige Anknüpfung“).¹⁰⁰ Im Beispiel (2.) müsste der Richter daher zunächst österreichisches Schadenersatzrecht anwenden. Stößt er auf die Vorfrage (Eigentum?), setzt er die Schadenersatzprüfung aus, wendet österreichisches Sachenrechts-IPR an und beurteilt das Eigentum des Geschädigten. Anschließend setzt er die Schadenersatzprüfung fort. Die unselbstständige Anknüpfung kann bei (staatsvertraglich oder gemeinschaftsrechtlich) vereinheitlichtem IPR vor allem mit dem Argument des internationalen Entscheidungseinklanges begründet werden. Die Entscheidung ist nämlich unabhängig davon, in welchem Forum geklagt wird (im Beispiel Österreich oder Frankreich).

97 Dafür z. B. Kropholler (Fn. 19) § 32 VI 2. (230); differenzierend Heinze, in: FS Kropholler (Fn. 89), 113 f., der darauf abstellt, ob für die konkrete Vorfrage in einer der beiden Verordnungen Anknüpfungsregeln existieren (dann selbstständige Anknüpfung). Vgl. zum deutschen IPR auch die Nw. bei von Bar/Mankowski (Fn. 92) § 7 Rn. 192, 194, die entschieden für eine selbstständige Anknüpfung eintreten.

98 Vgl. nur von Bar/Mankowski (Fn. 92) § 7 Rn. 194.

99 Vgl. von Bar/Mankowski (Fn. 92) § 7 Rn. 197. Diese Überlegung spricht nach Heinze, in: FS Kropholler (Fn. 41), 114 gegen eine Anwendung des in der Hauptfrage berufenen Sachrechts. Gegen die Argumentation hat Sonnenberger, in: MüKoBGB (Fn. 5), Einl. IPR Rn. 546 aber wohl zu Recht eingewendet, es handle sich bei der Beurteilung präjudizieller Rechtsverhältnisse nur um den Teil eines Begründungsvorganges, dessen Ziel die Beantwortung der Hauptfrage ist. Ziel der Beantwortung der Vorfrage ist im Beispiel nicht, ob jemand Eigentümer ist oder nicht, sondern ob ein Schadenersatzanspruch besteht.

100 So zu den Rom-Verordnungen tendenziell Sonnenberger, in: FS Kropholler (Fn. 41), 241; zu Staatsverträgen aufgrund des Vereinheitlichungszwecks von Hoffmann/Thorn (Fn. 70) § 6 Rn. 64 und allgemein Rn. 71–72; differenzierend Heinze, in: FS Kropholler (Fn. 89), 113 f. Vgl. zum deutschen IPR auch die Nachweise bei von Bar/Mankowski (Fn. 92) § 7 Rn. 192 f.

4. Das Vorfragen- als Methodenproblem

a) Ansatz: Auslegung der Verweisungsnorm

Bevor die Vorfrage konkret im europäischen Kollisionsrecht untersucht wird, soll offengelegt werden, nach welchen Maßstäben dies erfolgt. Den entscheidenden Hinweis hierfür hat *Sonnenberger*¹⁰¹ gegeben, der ausführt, dass die Vorfrage „nicht von vornherein nach einem dogmatisch verankerten Grundsatz selbst- bzw. unselbstständiger Anknüpfung“ behandelt werden könne. Es handle sich vielmehr um *Auslegung der (Hauptfragen-)Kollisionsnorm*, die eben das eine Mal in die eine, das andere Mal in die andere Richtung weisen kann.¹⁰² Wenn die Lösung des Problems von der Ermittlung der Aussage des Verweisungsumfanges abhängig ist, dann sind grundsätzlich zwei Ergebnisse denkbar: Entweder die Vorfrage ist umfasst oder nicht.¹⁰³

Wendet man diesen Ansatz auf die Erstfrage an, stellt sich heraus, dass die h. A. (selbstständige Anknüpfung an der *lex fori*) zutrifft. Der Tatbestand der Hauptfragen-Kollisionsnorm (Scheidung?) enthält eine Voraussetzung, die vom Tatbestand einer anderen Kollisionsnorm (wirksame Ehe?) umfasst ist. In der Regel macht der Gesetzgeber dann aber klar, dass er diese Voraussetzung nach der entsprechenden Kollisionsnorm beurteilt wissen möchte, z. B. durch Verwendung von Rechtsbegriffen¹⁰⁴ oder durch andere Formulierungen, aus denen hervorgeht, dass die Anknüpfung die Erstfrage nicht umfasst. Da die Anknüpfung die Erstfrage nicht umfasst, ist dafür die betreffende Kollisionsregel der *lex fori* anzuwenden.

b) Lösung im europäischen Kollisionsrecht

aa) Explizite Anordnungen des Gesetzgebers

Selbstverständlich hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, das Vorfragenproblem zu regeln, indem er es explizit anspricht. Das kommt im europäischen Kollisionsrecht manchmal vor. Erwägungsgrund 21 der Unterhaltsverordnung hält etwa fest, dass die VO nicht bestimmt, nach welchem Recht festgestellt wird, ob ein Familienverhältnis besteht, das die Unterhaltspflicht begründet (d. h. die Erstfrage!). Das Grünbuch „Erb- und Testamentrecht“¹⁰⁵ stellt ausdrücklich die Frage (Nr. 13), nach welcher Kollisionsnorm sich das Recht bestimmen soll, das auf Vorfragen anwendbar ist.

101 In: MüKoBGB (Fn. 5), Einl. IPR Rn. 533 ff., 539; so auch *derselbe*, in: FS Kropholler (Fn. 41), 241.

102 *Sonnenberger*, in: FS Kropholler (Fn. 41), 241.

103 Dieser Ansatz ist im Übrigen unabhängig davon, ob sich eine Vorfrage im Anwendungsbereich europäischen oder nationalen Kollisionsrechts stellt.

104 *Kropholler* (Fn. 19), § 32 III (223 f.).

105 Vgl. nun KOM(2009)154 (VO-Vorschlag).

Das Problem der Vorfrage wird jedoch in keiner der Rom-Verordnungen explizit angesprochen. Manchmal ergibt sich – worauf *Sonnenberger*¹⁰⁶ hinweist – allerdings doch ganz unmittelbar aus den Anordnungen in den Verordnungen, dass eine Frage selbstständig nach dem IPR der *lex fori* anzuknüpfen ist, und zwar bei den Anwendungsausnahmen der Verordnungen¹⁰⁷. Ist bei einem Vertragsabschluss die Geschäftsfähigkeit einer Partei zu beurteilen, ist diese Frage nicht nach dem von der Rom I-VO berufenen Recht zu lösen.¹⁰⁸ Die Geschäftsfähigkeit ist vom Anwendungsbereich der Verordnung nämlich ausgenommen (Art. 1 Abs. 2 lit. a Rom I) – ein Hinweis auf den Willen des Ordnungsgebers für die selbstständige Anknüpfung.¹⁰⁹

bb) Unselbstständige Anknüpfung am IPR der *lex causae*?

Über weite Strecken schweigt der europäische Gesetzgeber jedoch zur Vorfrage. Dennoch erfordern die beiden Rom-Verordnungen durch ihre Regelungstechnik eine Neubewertung des Vorfragenproblems.

Hat man nämlich einmal erkannt, dass das Vorfragenproblem von der Auslegung der Kollisionsnorm abhängt, so scheidet eine der beiden in der Literatur vertretenen Lösungen von vornherein aus: die unselbstständige Anknüpfung an den Kollisionsnormen des in der Hauptfrage berufenen Rechts.¹¹⁰ Anhand unseres schadenersatzrechtlichen Beispiels (2.): Die Auslegung des Art. 4 Abs. 1 Rom II kann entweder zu dem Ergebnis führen, dass die Vorfrage von der Verweisung nicht umfasst ist. Dann wäre eine selbstständige Anknüpfung an der *lex fori* (französisches Sachenrechts-IPR) geboten.

Bezieht man die Vorfrage hingegen in die Verweisungsanordnung mit ein, kommt eine Anknüpfung an das *Kollisionsrecht* der *lex causae* nicht in Betracht. Denn Rom-II geht in Art. 24 ausnahmslos vom Prinzip der *Sachnormverweisung* aus, weshalb nicht ersichtlich ist, wie man in ihrem Anwendungsbereich zu einer *an der Hauptfrage hängenden Gesamtverweisung in der Vorfrage* kommen sollte.¹¹¹

Eine so verstandene unselbstständige Anknüpfung scheidet auch im Anwendungsbereich der Rom-I aus: Art. 20 schließt den *renvoi* zwar nur aus, wenn „in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist“. Indes bestimmt die VO an keiner Stelle etwas anderes. Auch den Erwägungsgründen der VO kann für eine solche Gesamtverweisung nichts entnommen

106 *Sonnenberger* in: FS Kropholler (Fn. 41), 241.

107 Vgl. jeweils Art. 1 Abs. 2 der VO.

108 Nach *Kropholler* (Fn. 19) § 18 I (130ff.) wäre dies jedoch keine Vor-, sondern eine Teilfrage.

109 Zutreffend *Sonnenberger*, in: FS Kropholler (Fn. 41), 241.

110 So bereits allgemein bei Sachnormverweisungen mit überzeugender Begründung von *Bar/Mankowski* (Fn. 92) § 7 Rn. 198. Anders offenbar *Heinze*, in: FS Kropholler (Fn. 89), 114f.

111 Siehe bereits zutreffend von *Bar/Mankowski* (Fn. 92) § 7 Rn. 198.

werden. Und selbst wenn man Art. 20 Rom I (durch teleologische Reduktion) so verstehen möchte, dass er nur die Verweisung in der Haupt-, nicht aber in der Vorfrage betrifft, spräche das eher für eine selbstständige Anknüpfung am IPR der *lex fori* als für eine unselbstständige Anknüpfung an die *Kollisionsnormen* der *lex causae*. Welcher Anknüpfungspunkt bleibt dann aber für dieses Ergebnis? Wohl nur der rechtspolitische Wunsch.¹¹²

cc) Selbstständige Anknüpfung trotz Vereinheitlichungszwecks?

Es würde nun angesichts des unter 3. erwähnten „Schulenstreits“ naheliegen, der selbstständigen Anknüpfung der Vorfrage das Wort zu reden, nachdem man die unselbstständige doch gerade ausgeschlossen hat.

Eine gesonderte Anknüpfung der Vorfrage an der *lex fori* stünde jedoch in auffallendem Widerspruch zum herausragenden Zweck¹¹³ der Schaffung eines europäischen Kollisionsrechts – der Rechtsvereinheitlichung¹¹⁴ –, käme es doch merkwürdiger Weise gerade darauf an, wo der geltend gemachte Anspruch eingeklagt wird. Im Schadenersatzrechtlichen Beispiel (2.) hinge das Ergebnis der Schadenersatzprüfung davon ab, ob der Anspruch in Frankreich (französisches Sachenkollisionsrecht) oder in Österreich (österreichisches Sachenkollisionsrecht) eingeklagt wird¹¹⁵.

Nur dort, wo bereits eine vereinheitlichte europäische Kollisionsregel für die konkrete Vorfrage existiert, würde die selbstständige Anknüpfung dem Postulat des „europaweiten Entscheidungseinklanges“ gerecht.¹¹⁶ Dann nämlich würde jedes Gericht dasselbe IPR auch für die Vorfrage anwenden.¹¹⁷

dd) Anwendung des in der Hauptfrage berufenen Sachrechts?

Die vorstehenden Erwägungen geben Anlass, eine bisher noch nicht vertretene dritte Lösungsmöglichkeit für die Vorfrage zu überlegen, nämlich die Anwendung des Sachrechts – nicht des Kollisionsrechts – der *lex causae*. Die Auslegung der Kollisionsnorm kann zu zwei Ergebnissen führen: Die Verweisung umfasst die Vorfrage nicht (dann selbstständige Anknüpfung) oder die Vorfrage ist von der Verweisung in der Hauptfrage sehr wohl umfasst. Dann kommt aber nur eine Sachnormverweisung in der Vorfrage in Betracht. Für den Beispielfall würde dies bedeuten, dass der französische Richter österreichisches materielles Sachenrecht anzuwenden hätte und das Eigentum des Geschädigten danach ermitteln müsste.

112 Vgl. von Bar/Mankowski (Fn. 92) § 7 Rn. 198: „Es geht schließlich nicht an, je nach Bedarf neue deutsche IPR-Normen zu erfinden.“

113 Vgl. auch von Hoffmann/Thorn (Fn. 70) § 6 Rn. 55.

114 Vgl. vor allem EG 6 der jeweiligen Verordnung.

115 Sofern die Ergebnisse nicht aufgrund einer zufälligen Übereinstimmung gleichlauten.

116 Aus diesem Grund tritt Heinze, in: FS Kropholler (Fn. 89), 113f. in diesen Fällen für eine selbstständige Vorfragenanknüpfung ein.

117 Im Übrigen ein weiteres Argument für die Kollisionsrechtsvereinheitlichung.

Für eine Anwendung des Sachrechts der *lex causae* – die im Beispielfall mit dem reinen Wortlaut der Rom II-VO im Übrigen in Einklang steht – spräche vor allem der Hauptzweck der Verordnungen, die Rechtsvereinheitlichung (vgl. bereits c)). Das Argument des internationalen Entscheidungseinklanges, mit der die unselbstständige Anknüpfung schon im nationalen IPR begründet wird, ist im Fall von (staatsvertraglich oder gemeinschaftsrechtlich) vereinheitlichtem IPR naturgemäß besonders zugkräftig.¹¹⁸ Gerade in diesem Zusammenhang wird eine selbstständige Anknüpfung jedoch nicht selten mit dem Argument befürwortet, dass die Vorfrage eine außerhalb des Rechtsaktes liegende Materie umfasst. Der Vereinheitlichungseffekt sei auf den Rechtsakt begrenzt, weshalb die Vorfrage von der Verweisung nicht umfasst sei.¹¹⁹ So überzeugend das Argument auf den ersten Blick auch wirken mag, so sehr kann man sich bei näherem Hinsehen aber des Eindruckes einer zirkelschlussartigen Begründung nicht erwehren. Denn es geht bei der Auslegung der Kollisionsnorm ja gerade um die Frage, wie weit ihr Anwendungsbereich geht.

Der entscheidende Einwand gegen die – bisher in der Literatur nicht ernsthaft erwogene¹²⁰ – Anwendung des in der Hauptfrage berufenen Sachrechts könnte m. E. allein in der – freilich naheliegenden – Überlegung bestehen, dass sie typischer Weise die Gefahr *nicht sachgerechter* Ergebnisse mit sich bringt. Gegen die Anwendung des für einen Schadenersatzanspruch berufenen Sachrechts auf die Vorfrage des Eigentums des Geschädigten könnte man leicht einwenden, dass die Kollisionsnorm das *Schadenersatz-*, nicht das *Sachenrecht* betrifft.¹²¹ Kann eine solche aber für die Mitanknüpfung des Sachenrechts geeignet sein? Methodisch betrachtet müsste man sich also fragen, ob diese Einbeziehung in die Hauptfrage vom Gesetzgeber gewollt sein kann. Das wird im Beispielfall im Grundsatz noch bejaht werden können, ist doch die Anknüpfung an den *Erfolgsort* (Art. 4 Abs. 1 Rom II) – somit bei Eigentumsdelikten an die *Lage der beschädigten Sache* – an sich auch ein taugliches Anknüpfungskriterium für die Beurteilung der sachenrechtlichen Verhältnisse.¹²²

118 Siehe nur von Hoffmann/Thorn (Fn. 70) § 6 Rn. 55.

119 Siehe Heinze, in: FS Kropholler (Fn. 89), 114 (vgl. aber seinen Hinweis auf den Effektivitätsgrundsatz im Gemeinschaftsrecht in Fn. 62).

120 Heinze, in: FS Kropholler (Fn. 89), 114 erwähnt die „schlichte Anwendung des für die Hauptfrage berufenen Sachrechts“ zwar, verwirft sie aber sofort mit dem Argument, dass es dadurch zu einer anderen Antwort auf die Vorfrage käme, als wenn sie sich isoliert im Kontext einer anderen Hauptfrage stellt.

121 Beim Schulenstreit zwischen selbstständiger und unselbstständiger Vorfragenanknüpfung am jeweiligen Kollisionsrecht tritt dieses Argument der Sachgerechtigkeit naturgemäß in den Hintergrund, wendete man doch stets eine *sachenrechtliche Kollisionsnorm* an (nämlich der *lex fori* oder der *lex causae*).

122 In diesem Zusammenhang sind freilich noch einige Fragen erörterungsbedürftig, was allerdings aus Platzgründen nicht an dieser Stelle geschehen kann.

Da es sich um ein Auslegungsproblem handelt, kann man selbstverständlich keine generalisierenden Aussagen in der Hinsicht tätigen, dass stets die eine oder die andere Lösung zu präferieren wäre. Vielmehr ist jede konkrete Kollisionsnorm auf ihre Aussage hinsichtlich Vorfragen zu untersuchen. Dabei ist freilich zu bedenken, dass der europäische Gesetzgeber größten Wert auf Prinzipien wie Rechtssicherheit und Vereinheitlichung legt. Dabei kommt manchmal bewusst auch die Sachgerechtigkeit einer Entscheidung zu kurz. Bereits mit dem Prinzip der Sachnormverweisung hat man (zumindest potenziell) sachgerechte Entscheidungen nämlich zugunsten der Rechtssicherheit geopfert: Vorauszuschicken ist, dass die Sachnormverweisung in der Hauptfrage nur Bedeutung hat, wenn die Verweisung auf drittstaatliches Recht geht; innerhalb Europas wäre eine Differenzierung zwischen Sachnorm- und Gesamtverweisung obsolet, da es ja nur *ein europäisches IPR* gibt und somit Kollisionsrecht der *lex fori* und der *lex causae* ohnehin übereinstimmen. In Drittstaatsverhalten kann die Sachnormverweisung aber dazu führen, dass eine Rechtsordnung selbst dann angewendet wird, wenn sich diese nicht einmal selbst anwenden würde¹²³. Das zeigt, dass der europäische Gesetzgeber die inhaltlichen Aspekte hinter andere – hier die Rechtssicherheit – zurücktreten lässt. Die (vermeintliche) Sachgerechtigkeit kann daher nicht alleiniges Auslegungsprinzip sein.

ee) Ergebnis

Eine Anknüpfung der Vorfrage am IPR der *lex causae* scheidet im vereinheitlichten europäischen Kollisionsrecht aus, weil sie mit dem Prinzip der Sachnormverweisung (Art. 20 Rom I, Art. 24 Rom II) nicht in Einklang stünde (b)).

Die selbstständige Anknüpfung der Vorfragen steht im europäischen IPR in einem Spannungsverhältnis mit dem Rechtsvereinheitlichungszweck (c)). Das gilt jedoch nur dann, wenn nicht bereits europäisches Kollisionsrecht für die Anknüpfung der Vorfrage existiert. In diesem Fall steht einer selbstständigen Anknüpfung der Vorfrage nichts im Weg.¹²⁴

In den übrigen Fällen könnte der Vereinheitlichungszweck der beiden Rom-Verordnungen dafür sprechen, dass Vorfragen nach dem Sachrecht der *lex causae* zu beurteilen sind (d)). In unserem Beispielfall (2.) wäre dann *österreichisches Sachenrecht* für die Vorfrage des Eigentums des Geschädigten anzuwenden. Die Anwendung des in der Hauptfrage berufenen Sachrechts ist freilich nicht bei allen Kollisionsnormen in Stein gemeißelt, weil jede IPR-Regel gesondert auf ihre Aussage hinsichtlich der Vorfragen zu untersuchen ist und eine Einbeziehung der Vorfrage in die

123 Wenn der Fall vor einem ihrer Gerichte entschieden würde.

124 So bereits *Heinze*, in: FS Kropholler (Fn. 89), 113 f., der aber auch in den übrigen Fällen wohl für eine selbstständige Anknüpfung der Vorfrage eintritt (114 f.).

Hauptfragenverweisung manchmal nicht sachgerecht erscheinen mag. Das wird oft bei kollisionsrechtlichen Vorfragen (Erstfragen) der Fall sein. Hinzuweisen ist jedenfalls darauf, dass die Entscheidung zwischen selbstständiger Anknüpfung und Anwendung des in der Hauptfrage berufenen Sachrechts fallen muss.

Anhand des Vorfragenproblems lässt sich aber auch die oft beschworene Dynamik des Europarechts zeigen: Was heute nach dem Sachrecht der *lex causae* zu beurteilen sein kann, mag nach fortschreitender Rechtsvereinheitlichung selbstständig anzuknüpfen sein, weil das geänderte Normenumfeld eine solche Entwicklung erfordert. Sollten in Zukunft auf europäischer Ebene vereinheitlichte Regeln im Sachenrechts-IPR existieren, wird man – anders als im heutigen Rechtsrahmen – ganz unzweifelhaft von einer selbstständigen Anknüpfung ausgehen können und müssen.

IV. Schluss

Der Titel des Beitrags stellt die Frage, ob alle Wege nach Rom führen. Es ist zu unterscheiden:

Der EuGH verpflichtet die Mitgliedsstaaten über weite Strecken, in anderen Mitgliedsstaaten gebildete „Rechtslagen anzuerkennen“ (II.1.). Hintergrund der Rechtsprechung ist die Vermeidung hinkender Statusverhältnisse (Name, Ehe usw.), die nach Auffassung des Gerichtshofes mit dem allgemeinen Freizügigkeitsgebot des Art. 18 EG [Art. 21 AEUV] in Widerspruch steht. Es wurde gezeigt (II.2.), dass eine europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung dieser Judikatur den Boden entziehen würde, weil ein hinkender Status nur entstehen kann, wenn die Kollisionsrechte der Mitgliedsstaaten sich voneinander unterscheiden. Sonst gilt nämlich: Fremde Rechtslage = eigene Rechtslage. *De lege ferenda* sollten daher alle Wege nach Rom führen.

Anschließend wurde die Reichweite der beiden Rom-Verordnungen anhand des nicht explizit angesprochenen Problems der Vorfrage untersucht (III.). Dabei wurde von der Prämisse ausgegangen, dass die Lösung von der *Auslegung der (Hauptfragen-)Kollisionsnorm* abhängt (III.4.a)). Es wurde gezeigt, dass einer selbstständigen Vorfragenanknüpfung das Wort zu reden ist, wenn es bereits vereinheitlichtes europäisches Kollisionsrecht für die Vorfrage gibt (III.4.b)cc) und ee)). In den übrigen Fällen kommt eine unselbstständige Anknüpfung der Vorfrage am Kollisionsrecht der *lex causae* aber nicht in Betracht (III.4.b)bb)), sondern die Entscheidung hat zwischen der selbstständigen Anknüpfung und der Anwendung des Sachrechts der *lex causae* für die Vorfrage zu fallen. *De lege lata* zeigt sich also, dass der Anwendungsbereich der Rom-Verordnungen weiter reicht, als man auf den ersten Blick glauben würde.