

Dr. Andreas Köhler\*

UDK 347.7:341.9(4-672EU)  
str. 17-29.

## INTERNATIONAL ZWINGENDES RECHT IN DER ROM I-VO\*

### A. EINLEITUNG

Das Thema handelt von der zivilrechtlichen Seite des sogenannten Internationalen Wirtschaftsrechts. Es geht der Frage nach, ob und wann wir ausländische Eingriffsnormen bei der Beurteilung eines Sachverhaltes mit Auslandsbezug im Rahmen der Rom I-VO – also das nunmehr EU-weit vereinheitlichte Internationale Vertragsrecht – zur Anwendung bringen müssen. Eingriffsnormen – das sind solche Bestimmungen, die dem überwiegenden öffentlichen Interesse des Erlassstaates dienen, jedoch zivilrechtliche Rechtsfolgen anordnen, also beispielsweise kartellrechtliche, ein- und ausfuhrrechtliche, devisenrechtliche oder auch kulturgüterschutzrechtliche Normen, die zur Vertragsnichtigkeit führen.<sup>1</sup>

Während die Anwendung *inländischer* Eingriffsnormen (Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO) jedenfalls dann allgemein anerkannt ist, wenn ein hinreichender Inlandsbezug vorliegt, bestehen seit jeher grundsätzliche Bedenken gegenüber der Anwendung ausländischer Eingriffsnormen, gerade weil sie *ausländischen* öffentlichen Interessen Rechnung tragen und nicht unseren eigenen. Müssen wir solche Normen bei der Beurteilung eines Sachverhaltes mit Auslandsbezug überhaupt

---

\* Universität Passau.

\* Vortrag gehalten am 1. 4. 2014 an der Juristischen Fakultät der Universität Kragujevac.

<sup>1</sup> Zur dogmatischen Verortung der Eingriffsnormenproblematik vgl. Köhler, *Eingriffsnormen – Der "unfertige Teil" des europäischen IPR*, 2013, S. 5-102.

berücksichtigen? In der Beantwortung dieser Frage versucht sich mit Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO nun erstmalig eine in fast allen europäischen Mitgliedstaaten unmittelbar geltende Regelung, jedoch leider nur zaghaft und wenig klar.<sup>2</sup>

#### B. REGELUNGSGEHALT DES ART. 9 ABS. 3 ROM I-VO

Nehmen wir zur Verdeutlichung der Problematik zunächst einen leicht *abgewandelten* Beispielfall aus der neueren Rechtsprechung des *Österreichischen Gerichtshofs*.<sup>3</sup>

Eine Unternehmerin aus Passau schloss mit einem Kunsthändler aus Linz einen Kaufvertrag über ein ca. 2.000 Jahre altes Keramikmodell mit der Bezeichnung "Großer Wagen mit Pferd". Da sich die Keramik zu diesem Zeitpunkt noch in China befand, veranlasste der Kunsthändler die Lieferung aus China direkt nach Passau. Danach verlangt er Zahlung des vereinbarten Kaufpreises. Die Passauerin hingegen weigert sich; sie verweist darauf, dass die Ausfuhr der Keramik gegen ein chinesisches Kulturgüterschutzgesetz verstoßen habe und der Vertrag daher nichtig sei.

Lösen wir den Fall unter Zugrundelegung der aktuellen Rechtslage, so unterliegt die rechtliche Beurteilung des in Frage stehenden Zahlungsanspruchs grundsätzlich österreichischem Recht als Vertragsstatut. Da dieses jedoch speziell die *Ausfuhr* chinesischer Kulturgüter aus China nicht regelt, kommt es darauf an, ob wir das chinesische Verbotsgesetz beachten müssen. Diese Frage versucht nunmehr Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO zu beantworten. Nach dieser Bestimmung kann "den Eingriffsnormen des Staates, in dem die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen erfüllt werden sollen oder erfüllt worden sind, [...] Wirkung verliehen werden, soweit diese Eingriffsnormen die Erfüllung des Vertrags unrechtmäßig werden lassen. Bei der Entscheidung, ob diesen Eingriffsnormen Wirkung zu verleihen ist, werden Art und Zweck dieser Normen sowie die Folgen berücksichtigt, die sich aus ihrer Anwendung oder Nichtanwendung ergeben würden."

Diese Bestimmung stellt den Rechtsanwender jedoch vor gewisse Schwierigkeiten. Zwar lässt sich das zur Vertragsnichtigkeit führende

---

<sup>2</sup> Vgl. zum Folgenden Köhler (Fn. 1), S. 167-320; *ders.*, Die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen im Europäischen Internationalen Vertragsrecht, in: Binder/Eichel (Hrsg.), *Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts*, 2013, S. 199-222.

<sup>3</sup> OGH v. 30.06.2010 – 9 Ob 76/09f.

chinesische Ausfuhrverbot relativ unproblematisch als *Eingriffsnorm* qualifizieren, die den Vertrag *unrechtmäßig* werden lässt, doch treten die ersten Probleme bereits bei der Frage auf, ob der vom Tatbestand des Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO vorausgesetzte Erfüllungsort überhaupt in China liegt – denn die Ware wurde ja in Deutschland übergeben. Überwinden könnte man dies noch mit einer weiten Auslegung des Erfüllungsortes, nämlich dahingehend, dass hierunter jeder Ort zu verstehen ist, der mit der Erfüllungshandlung in Kontakt kommt.<sup>4</sup> Aber spätestens bei der entscheidenden Frage, ob man denn nun der in Rede stehenden Bestimmung Wirkung verleihen soll oder nicht, verweigert Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO eine klare Antwort und stellt diese in das Ermessen des Richters. Damit erscheint Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO jedenfalls bei erster Betrachtung als "Leerformel", deren Bedeutungsgehalt im Folgenden zu erschließen sein wird.

### I. "Wirkungsverleihung": kollisionsrechtliche Anwendungsentscheidung oder sachrechtliche Berücksichtigung?

Hierfür müssen wir zunächst klären, was unter dem ebenfalls unklaren Begriff einer "Wirkungsverleihung" zu verstehen ist. Soll hier überhaupt eine "echte" kollisionsrechtliche *Anwendungsentscheidung* getroffen werden? Oder stellt diese Formulierung eine Konzession an den bislang insbesondere vom *BGH* vertretenen materiellrechtlichen Lösungsansatz dar, nach welchem ausländische Eingriffsnormen ausschließlich im Rahmen des anwendbaren Sachrechts zu berücksichtigen sind – dies etwa im Rahmen der Sittenwidrigkeitsklausel, aber auch im Rahmen des Leistungsstörungsrechts.<sup>5</sup> Die Beantwortung dieser Frage ist grundlegend, denn wenn die Problematik *sachrechtlich* zu verorten ist,<sup>6</sup> entzieht sie sich jedenfalls bei konsequenter Betrachtung dem Anwendungsbereich des europäischen Kollisionsrechts. Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO könnte dann allenfalls deklaratorische Bedeutung zugesprochen werden.

---

<sup>4</sup> Wie der Erfüllungsort im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO zu bestimmen ist, ist höchst streitig. In Betracht kommt der rechtliche Erfüllungsort (der sich nach dem Vertragsstatut bestimmt), die Übernahme des prozessualen Erfüllungsortsbegriffs i.S.v. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO oder auch – wie hier vorgeschlagen – eine autonome kollisionsrechtliche Erfüllungsortbestimmung – vgl. hierzu Köhler (Fn. 1), S. 215-230.

<sup>5</sup> Ausführlicher Überblick über die bisherige Rechtsprechung etwa bei Kreuzer, *Ausländisches Wirtschaftsrecht*, 1986, S. 13-54; Busse, *ZVglRWiss* 95 (1996), 386, 402-409.

<sup>6</sup> In diesem Sinne etwa von Bar/Mankowski, *Internationales Privatrecht – Allgemeine Lehren* (Band 1), 2. Auflage 2003, § 4 Rn. 127-129; Baum, *RebelsZ* 53 (1989), 152, 155; Siehr, *RebelsZ* 52 (1988), 41, 78 f.

### 1. Sachrechtliche "Berücksichtigung"

Ein dahingehender Schluss wäre jedoch verfehlt. Denn rein *sachrechtlich* verorten lässt sich die Eingriffsnormenproblematik alleine dann, wenn es um die *faktischen Auswirkungen* ausländischer Rechtssätze geht. So mag ein Schuldner die geschuldete Leistung beispielsweise deswegen nicht mehr erbringen wollen, weil die Ausfuhr des Leistungsgegenstandes aus dem Belegenheitsstaat verboten ist und bei einer Umgehung dieses Verbotes staatliche Sanktionen drohen, etwa eine strafrechtliche Verfolgung. Insoweit obliegt es in der Tat dem anwendbaren Sachrecht, diese faktische Zwangslage rechtlich zu würdigen und ggf. ein tatsächliches Leistungshindernis zu bejahen, das zur Unmöglichkeit führt. Methodisch handelt es sich hierbei alleine um das Problemfeld des *Auslandssachverhaltes*, das nicht das europäische IPR, sondern das jeweils anwendbare Sachrecht zu lösen hat.

Neben diesen klaren Fällen einer sachrechtlichen Berücksichtigung entschied der BGH jedoch ebenfalls, dass ein Vertrag auch dann sittenwidrig sein kann, wenn die geschuldete Leistung etwa gegen ein ausländisches Kulturgüterschutzgesetz<sup>7</sup> oder gegen ein ausländisches Strafgesetz<sup>8</sup> verstößt. Der Unterschied zu der bereits genannten Fallgruppe liegt darin, dass hier nicht faktische, also tatsächliche Umstände die Sittenwidrigkeit begründeten, sondern schlicht die Tatsache, dass die geschuldete Handlung gegen ein ausländisches Verbotsgesetz verstoßen hat. Damit geht es in dieser Fallgruppe nicht mehr um die Berücksichtigung tatsächlicher Wirkungen ausländischer Rechtssätze, sondern vielmehr um deren *normative* Berücksichtigung.

Ein dahingehender Ansatz, der die Eingriffsnormenproblematik jedenfalls formal in das Sachrecht verlegt, verschleiert jedoch das eigentliche funktionale Vorgehen. Denn sobald auf den konkreten Regelungsgehalt einer existierenden ausländischen Bestimmung abgestellt wird, liegt denknotwendig eine kollisionsrechtliche Auswahlentscheidung zugunsten dieses Rechtssatzes vor, weil wir eben diesen und nicht einen anderen inhaltlich konkurrierenden Rechtssatz eines weiteren Staates "berücksichtigen".<sup>9</sup> Die Erwägungen, die dieser Auswahlentscheidung zugrunde liegen, sind damit spezifisch kollisionsrechtlicher Natur, so dass die normative Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen jedenfalls funktional kollisionsrechtlich zu verorten ist. Insoweit

---

<sup>7</sup> BGH NJW 1972, 1575.

<sup>8</sup> BGH NJW 1985, 2405.

<sup>9</sup> Schurig, RabelsZ 54 (1990), 217, 242.

läuft der materiellrechtliche Lösungsansatz also schlicht "dogmatisch unsauber unter falscher Etikette".<sup>10</sup>

**Damit lässt sich festhalten:** Sachrechtlich verorten lässt sich die Eingriffsnormenproblematik alleine dann, wenn es um die Berücksichtigung faktischer Wirkungen ausländischer Normen geht. Sobald jedoch – wie in dem einleitenden Beispielfall – die Frage zu beantworten ist, ob auf den konkreten Regelungsgehalt einer ausländischen Bestimmung abzustellen ist, bedarf es einer kollisionsrechtlichen Anwendungsentscheidung. Diese zu treffen, ist nunmehr Aufgabe von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO. Wirkungsverleihung meint damit eine echte kollisionsrechtliche Normanwendung.

## 2. Normbildung modo legislatoris

Diese Erkenntnis ist entscheidend. Denn wenn es im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO um die Ausbildung eines originären kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehls *europäischer* Herkunft<sup>11</sup> geht, handelt es sich bei dieser Norm um eine *unfertige Generalklausel*, die im Wege systemkonformer – und auch vom *EuGH* überprüfbarer<sup>12</sup> – Rechtsfortbildung zu konkretisieren ist. Damit ist die weitere Prüfungsreihenfolge vorgezeichnet.

### a. Regelungslücke im kollisionsrechtlichen System

Voraussetzung jeglicher Rechtsfortbildung bildet zunächst eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke. Eine solche liegt für den Bereich der Eingriffsnormen vor, da diese Problematik zwar einerseits mit Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO innerhalb des regulativen Anwendungsbereichs der Rom I-VO verortet wurde, die dort geregelten vertraglichen Kollisionsnormen andererseits jedoch solche Bestimmungen nicht zum Gegenstand haben. Gelegentlich wird dies anders gesehen: Nach der *Schuldstatutstheorie* berufen die herkömmlichen Kollisionsnormen nicht nur Bestimmungen, die der Gerechtigkeit *inter partes* verpflichtet sind, sondern gerade auch solche, die dem überwiegenden öffentlichen Interesse des Erlassstaates dienen.<sup>13</sup> Das ist – jedenfalls in dieser

---

<sup>10</sup> Hentzen, *RIW* 1988, 508, 509.

<sup>11</sup> Hierzu Köhler (Fn. 1), S. 187-189.

<sup>12</sup> Hierzu Köhler (Fn. 1), S. 321-328.

<sup>13</sup> Ein solcher Ansatz wurde unter der alten Rechtslage insbesondere von Mann, *RabelsZ* 21 (1956), 1, 3, *ders.*, in: *FS Wahl* 1973, S. 139, 146, 151, 160 vertreten. Unter der neuen Rechtslage befürwortend etwa: Lando/Nielsen, *CMLRev.* 45 (2008), 1687, 1719; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2011, Art. 9 Rom I-VO Rn. 133-137; *ders.*, *IPRax* 2010, 27, 42.

Pauschalität – indes nicht zutreffend.<sup>14</sup> Denn die vertraglichen Kollisionsnormen tragen alleine kollisionsrechtlichen Parteiinteressen Rechnung und erfassen deswegen alleine Bestimmungen, die solche kollisionsrechtliche Interessen implizieren. Dies ist bei Normen, die der Gerechtigkeit *inter partes* dienen, der Fall, nicht jedoch bei den hier interessierenden Eingriffsnormen, da solche Bestimmungen aufgrund ihrer materiellen Struktur ganz andere – nämlich gemeinwohlbezogene – Anwendungsinteressen ("Gemeininteressen") auf den Plan rufen. Typische Eingriffsnormen können daher nicht erfolgreich unter die kodifizierten vertraglichen Kollisionsnormen qualifiziert werden, so dass deren räumlicher Anwendungsbereich auch nicht von diesen Kollisionsnormen festgelegt wird. Somit besteht a priori eine *interne* Regelungslücke im Rahmen der Rom I-VO.

#### *b. Kollisionsrechtliche Methode*

Wie ist diese Regelungslücke aber auszufüllen? Hier stellt sich zunächst ein methodisches Problem – das erste Hauptproblem der Eingriffsnormenproblematik –, denn bislang ist eine allgemein anerkannte systematische und methodische Verortung dieser Problematik nicht gelungen. Dieser Streit, der Auswirkung auf die Anknüpfungsmethode hat, kann hier nicht dargelegt werden, jedoch ist kurz Stellung zu beziehen.<sup>15</sup>

Eingriffsnormen gehören – auch wenn dies gelegentlich angenommen wird – nicht dem Öffentlichen Recht an.<sup>16</sup> Sie entstammen zwar dessen "Dunstkreis", weil sie überwiegend öffentlichen Interessen Rechnung tragen, sie sehen jedoch zivilrechtliche Rechtsfolgen vor und sind jedenfalls insoweit dem Zivilrecht zuzuordnen. Daher unterfällt die kollisionsrechtliche Behandlung der Eingriffsnormen nicht etwa dem Internationalen Öffentlichen Recht,<sup>17</sup> sondern dem Internationalen Privatrecht, so dass sich dieses auch originär mit deren kollisionsrechtlicher Behandlung beschäftigen muss.

---

<sup>14</sup> Ebenso Palandt/Thorn, 73. Auflage 2014, Art. 9 Rom I-VO Rn. 15; Rauscher/Thorn, *EuZPR/EuIPR*, 2011, Art. 9 Rom I-VO Rn. 78; Reithmann/Martiny/Freitag, *Internationales Vertragsrecht*, 7. Auflage 2010, Rn. 646; *MünchKomm-BGB/Sonnenberger*, 5. Auflage 2010, Einl. IPR Rn. 47; Maultzsch, *RabelsZ* 75 (2011), 60, 96. Näher hierzu Köhler (Fn. 1), S. 279-285.

<sup>15</sup> Hierzu näher Köhler (Fn. 1), S. 5-102.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu Köhler (Fn. 1), S. 40-49.

<sup>17</sup> So aber etwa Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage 2004, S. 148, 1090 ff.; zurückhaltender, aber im Ergebnis ebenso *MünchKomm-BGB/Sonnenberger* (Fn. 14), Einl. IPR Rn. 36, 388. Unter Geltung der Rom I-VO auch Palandt/Thorn (Fn. 14), Art. 9 Rom I-VO Rn. 7 und deutlich Maultzsch, *RabelsZ* 75 (2011), 60, 90 f.

Hierfür ist die herkömmliche kollisionsrechtliche Methode durchaus in der Lage.<sup>18</sup> Um einer ausländischen Eingriffsnorm einen angemessenen räumlichen Anwendungsbereich zuzuweisen, müssen wir nicht systemwidrig auf den ausländischen kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl abstellen, den der Erlassstaat dieser Norm zugeordnet hat,<sup>19</sup> sondern können einen eigenen Anwendungsbefehl anhand einer autonomen kollisionsrechtlichen Interessenprüfung *modo legislatoris* entwickeln.<sup>20</sup> Ausgangspunkt hierfür bilden die mit der jeweiligen Norm verfolgten Sachnormzwecke, die bestimmte kollisionsrechtliche Interessen implizieren und anhand derer sich wiederum ein angemessenes, also ein sachnormzweck-verwirklichendes<sup>21</sup> Anknüpfungsmoment entwickeln lässt. Auf diese Weise können wir die fragliche ausländische Eingriffsnorm – wie jede andere Bestimmung auch – zur Anwendung berufen.

### c. Anwendungsinteresse

Dennoch bestehen Bedenken, die Verwirklichung eines solchen Anknüpfungsmoments für die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen ausreichen zu lassen. Denn typisches Eingriffsrecht ist Domäne "egoistischer"<sup>22</sup> Staatspolitik. Handelsrechtliche, kartellrechtliche oder gar waffenrechtliche Bestimmungen dienen stets dem Wohl des Erlassstaates und diesem ist am besten gedient, wenn er seine Interessen auf Kosten anderer Staaten durchsetzt – eine etwa im Bereich der kriegs- oder handelsrechtlichen Gesetzgebung häufig geübte Praxis. Beeinträchtigen jedoch ausländische Rechtssätze eigene staatliche Interessen, kann deren Anwendung nicht in Betracht kommen. Einigkeit besteht deswegen darin, dass zusätzlich zu einem angemessenen Anknüpfungsmoment ein weiteres Anwendungskriterium hinzutreten muss, welches das

<sup>18</sup> Vgl. hierzu Köhler (Fn. 1), S. 205-207.

<sup>19</sup> So jedoch die in Deutschland herrschende, von Wengler, *ZVglRWiss* 54 (1941), 168, 171, 181 f. und Zweigert, *RabelsZ* 14 (1942), 283, 283-307 begründete *Lehre der "Sonderanknüpfung"*, vgl. hierzu Köhler (Fn. 1), S. 190-198.

<sup>20</sup> So die von Schurig begründete *Lehre der "gesonderten Anknüpfung"*, vgl. hierzu insbesondere Schurig, *Kollisionsnorm und Sachrecht*, 1981, S. 328; ders., in: Holl/Klinke (Hrsg.), *Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht*, 1985, S. 55, 70 f.; ders., *RabelsZ* 54 (1990), 217, 237.

<sup>21</sup> Ähnlich Roth, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, 1985, S. 160 ("sachnormzweck-gerechte" Anknüpfung); vgl. auch RGRK/Wengler, 12. Auflage 1981, S. 226 ("sachnormgerecht[es]" Anknüpfungsmoment).

<sup>22</sup> Hierzu Kegel/Schurig (Fn. 17), S. 149: "Staatseingriffe in private Rechtsverhältnisse dienen dem Leben und Gedeih oder, anders ausgedrückt, dem Wohl des Staates. Staaten sind egoistisch. Sie haben kein primäres Interesse daran, das Wohl anderer Staaten zu fördern".

grundsätzliche Interesse an der Anwendung solcher Bestimmungen beschreibt. Wie dieses zu bestimmen ist, ist jedoch unklar und hängt von der Beantwortung der Frage ab, welches rechtspolitische Konzept Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO zugrunde liegt. Dies stellt das zweite Hauptproblem der Eingriffsnormenproblematik dar.

aa. "Machttheorie"

Verbreitet wird davon ausgegangen, Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO verfolge den Zweck, die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen zugunsten einer möglichst unlimitierten Parteiautonomie zu begrenzen,<sup>23</sup> denn hinter Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO stehe der neoliberale Gedanke, dass "[f]reier Handel möglichst frei sein will von staatlichen Eingriffen".<sup>24</sup> Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO stelle daher eine Ausprägung der Machttheorie dar, nach der ausländische Eingriffsnormen "grundsätzlich dann und nur dann anzuwenden [sind], wenn der ausländische Staat, der sie erlassen hat, die Macht besitzt, sie durchzusetzen".<sup>25</sup> Der Grund für die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen liegt nach dieser Ansicht somit ausschließlich in einer faktischen Notwendigkeit begründet, weil man sich bestimmten hinreichend durchsetzungsmächtigen Normen sowieso nicht entziehen könne.

Konkretisiert man Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO in diesem Sinne, so scheidet in unserem Beispielfall – jedenfalls bei konsequentem Vorgehen – die Anwendung des chinesischen Verbotsgesetzes aus, da sich die geschuldete Leistung zum Zeitpunkt des Zahlungsverlangens bereits in Deutschland befand. Damit fehlt es aktuell an einer hinreichenden Machtposition Chinas als maßgebliches Anwendungskriterium.

---

<sup>23</sup> Allgemein hierzu etwa *MünchKomm-BGB/Martiny* (Fn. 14), Art. 9 Rom I-VO Rn. 113; *Reithmann/Martiny/Freitag* (Fn. 14), Rn. 631; *Staudinger/Magnus* (Fn. 13), Art. 9 Rom I-VO Rn. 94; *Mankowski*, IHR 2008, 133, 148.

<sup>24</sup> Zur Bedeutung des britischen Einflusses auf das Gesetzgebungsverfahren der Rom I-VO vgl. etwa *Plender/Wilderspin*, *The European private international law of obligations*, 3. Auflage 2009, 12-022.

<sup>25</sup> *Soergel/Kegel*, 11. Auflage 1984, Vor Art. 7 EGBGB Rn. 396; ebenso *Drobnig*, in: *FS Neumayer* 1985, S. 159, 172, 178; *Soergel/von Hoffmann*, 12. Auflage 1996, Art. 34 EGBGB Rn. 85, 90. Zudem folgte der *BGH* teilweise der *Machttheorie*, vgl. etwa *BGHZ* 31, 367, 372; *BGHZ* 64, 183, 190. Dieser Ansatz ist von der *sachrechtlichen* Berücksichtigung faktischer Wirkungen ausländischer Eingriffsnormen zu unterscheiden (hierzu sub B.1.1), da die *Machttheorie* die Voraussetzungen für eine *kollisionsrechtliche* Berufung ausländischer Normen, also einer echten Normanwendung beschreibt ("positives Territorialitätsprinzip", vgl. *Kuckein*, *Die "Berücksichtigung" von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht*, 2008, S. 106).

Dass der europäische Gesetzgeber eine solche rechtspolitische Grundentscheidung getroffen hat, ist jedoch mehr als zweifelhaft,<sup>26</sup> denn dahingehende Hinweise finden sich weder in den Erwägungsgründen der Rom I-VO noch in den sonstigen Dokumenten des Gesetzgebungsverfahrens. Art. 9 Abs. 3 muss daher keineswegs zwingend als Ausprägung der Machttheorie verstanden werden, und man sollte dies auch nicht tun.

Denn zum einen überzeugt die Machttheorie als kollisionsrechtlicher Ansatz nicht, weil wir der tatsächlichen Durchsetzungsmacht ausländischer Staaten angemessen im Rahmen des materiellen Rechts Rechnung tragen können – dies etwa, wie bereits erwähnt, im Rahmen des Leistungsstörungsrechts. Eine faktische Notwendigkeit, solche "potenten Sachnormen" darüberhinausgehend auch kollisionsrechtlich zu berufen, besteht daher – auch wenn die Machttheorie anderes suggerieren mag – keineswegs.

Zum anderen ist dieser Ansatz jedoch auch rechtspolitisch bedenklich. Nehmen wir an, ein von unseren Gerichten zu beurteilender Vertrag wäre auf die Verpflichtung zu einer Bestechung somalischer Amtsträger gerichtet. Da es sich bei Somalia um einen sogenannten "gescheiterten Staat" handelt, fehlt Somalia die Macht zur Durchsetzung seiner Korruptionsverbote und wir könnten diese folgerichtig nicht beachten. Sollten wir den Schuldner jedoch wirklich zu einer Bestechung ausländischer Amtsträgern verurteilen?

Ich meine nein. Folgten wir dem neoliberalen Konzept einer möglichst unlimitierten Parteiautonomie – übrigens eine Vorstellung, die seit Beginn der Finanzkrise doch einiges an Glanz verloren hat –, würden wir den Parteien alleine aufgrund des schlichten Faktums eines Auslandsbezugs mehr Rechtsmacht zugestehen, als diesen nach den übereinstimmenden Wertungen der beteiligten Rechtsordnungen zukäme. Wie das letzte Beispiel besonders plastisch vor Augen führt, ermöglichten wir den privaten Akteuren auf diese Weise, ihre von unserer Rechtsordnung gewährte privatrechtliche Handlungsmacht gegen legitime Regelungsanliegen anderer Staaten einzusetzen. Dies ist nicht nur rechtspolitisch unangemessen, sondern widerspricht auch klar einem sachrechtlichen Wertungen verwirklichenden Kollisionsrecht. Denn kein Staat der Welt gewährleistet die Privatautonomie grenzenlos, sondern nur innerhalb eines Ordnungsrahmens, der grundlegende Gemeinwohlinteressen sicherstellt.<sup>27</sup> Da das IPR nicht in höheren Gerechtigkeitssphären schwebt,

---

<sup>26</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden Köhler (Fn. 1), S. 224-230.

<sup>27</sup> Zu diesem Gedanken Roth, in: *FS Kühne* 2009, S. 859, 878, der jedoch hieraus keine weiteren anwendungsrechtlichen Schlüsse zieht.

sondern an die materiellen Wertentscheidungen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen rückgebunden ist,<sup>28</sup> hat auch das europäische IPR einen die Privatautonomie begrenzenden Ordnungsrahmen zu gewährleisten. Zur Verwirklichung dieser Ordnungsfunktion müssen wir jedoch ausländische Eingriffsnormen unabhängig von einer staatlichen Durchsetzungsmacht berücksichtigen. Denn unsere eigenen ordnungspolitischen Regelungen sind nur dann anwendbar, wenn ein hinreichender Inlandsbezug besteht. Fehlt es daran, müssen wir funktional vergleichbare Vorschriften anderer Rechtsordnungen grundsätzlich anwenden, weil wir anderenfalls auf einen ordnenden Rahmen verzichteten.

Gesteht man dem IPR richtigerweise eine solche Ordnungsfunktion zu, so ergibt sich aus dieser das grundsätzliche Anwendungsinteresse an ausländischen Eingriffsnormen. Der restriktive Ansatz der Machttheorie ist deswegen abzulehnen.

#### bb. "Sympathieprüfung"

Dennoch kann nicht jede ausländische Eingriffsnorm, zu der eine angemessene räumliche Verknüpfung führt, zur Anwendung gebracht werden. Denn wie erwähnt, konterkarieren solche Bestimmungen nicht nur Privat-, sondern möglicherweise auch Staatsinteressen. Ist dies der Fall, lässt sich deren Anwendung nicht rechtfertigen, weil das – aufgrund der beschriebenen Ordnungsfunktion grundsätzlich vorhandene – Anwendungsinteresse in diesen Fällen auf "Null" reduziert ist. Ein solches lässt sich positiv daher nur bejahen, wenn der Regelungsgehalt der ausländischen Bestimmung mit den Wertungen unserer eigenen Rechtsordnung kompatibel ist.<sup>29</sup> Erforderlich wird damit eine *materiellrechtliche* Auswahlentscheidung, eine "Verträglichkeits"- oder "Sympathieprüfung",<sup>30</sup> anhand derer wir ermitteln können, ob wir die mit der ausländischen Bestimmung verfolgten Zwecke *teilen*, weil wir in entsprechenden Fällen ebenso unsere – vergleichbaren – öffentlichen Interessen zu Lasten der Privatautonomie durchsetzen. "Sympathisieren" wir deswegen mit der ausländischen Bestimmung, füllt sie den Ordnungsrahmen *angemessen* aus und lässt sich daher ohne Bedenken zur Anwendung bringen.

---

<sup>28</sup> Näher hierzu Köhler (Fn. 1), S. 70-84.

<sup>29</sup> Vgl. etwa Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage 2006, S. 506 f. ("gewisser Interessen- oder Wertgleichklang"); Kegel/Schurig (Fn. 17), S. 156 f., 1096 f. ("Interessengleichheit"); näher hierzu Köhler (Fn. 1), S. 235-258.

<sup>30</sup> Begriff von Fickel, *RIW* 1974, 69, 70 und Martinek, *Das internationale Kartellprivatrecht*, 1987, S. 52.

Anhand *welcher* materiellen Rechtsgrundlage diese "Sympathieprüfung" vorzunehmen ist, bedarf indes noch der weiteren Diskussion. Regelmäßig wird davon ausgegangen, dass hierfür die nationalen Wertungen des jeweiligen mitgliedstaatlichen Forumstaates maßgeblich sein sollen.<sup>31</sup> Mangels vollständig vereinheitlichten Sachrechts divergieren diese Wertungen jedoch von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat, so dass auch die im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO zu treffende Anwendungsentscheidung davon abhängig wäre, welches mitgliedstaatliche Gericht den Fall zu entscheiden hätte. Dies beeinträchtigt jedoch nicht nur den europäischen Entscheidungseinklang – immerhin das Hauptziel der Rom I-VO –, sondern wird auch dem Umstand nicht gerecht, dass wir einen Anwendungsbefehl *europäischer* Herkunft auszubilden haben. Um diesen Anwendungsbefehl europäisch-einheitlich bestimmen zu können, habe ich vorgeschlagen, die materielle "Sympathieprüfung" anhand aller Mitgliedstaaten gemeinsamer Wertungen vorzunehmen.<sup>32</sup> Denn gerade im Bereich des "klassischen" Eingriffsrechtes gibt es mittlerweile – aufgrund dessen Bedeutung für den Gemeinsamen Markt – zahlreiche, für alle Mitgliedstaaten verbindliche europäische Rechtsakte, anhand derer solche gemeinsamen europäischen Wertungen entwickelt werden können – genannt seien hier nur das Kulturgüterschutzrecht, das Außenwirtschaftsrecht (Embargo-Bestimmungen) und das Kartellrecht.

In unserem Beispielfall ergibt sich etwa eine gemeineuropäische "Sympathie" mit dem Schutz nationalen Kulturguts aus der in allen Mitgliedstaaten geltenden Kulturgüterschutzverordnung von 1992. Entsprechende ausländische Bestimmungen können daher – bei hinreichender räumlicher Verknüpfung – *von jedem mitgliedstaatlichen Gericht einheitlich* angewandt werden.

Einzuräumen ist, dass es auch für die Eingriffsnormenproblematik relevante Bereiche gibt, in denen es mangels Kompetenz der EU von vornherein an einer europäisch-vereinheitlichten Rechtsgrundlage fehlt. Aber auch dies hindert die Feststellung einer "gemeineuropäischen Interessensympathie" als europäisch-einheitliches Anwendungskriterium für ausländische Eingriffsnormen nicht, weil wir durchaus *rechtsvergleichend* ermitteln können, ob es sich bei dem mit der ausländischen Norm verfolgten Zweck um ein Anliegen handelt, das von allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen getragen wird.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Reithmann/Martiny/Freitag (Fn. 14), Rn. 649; *ders.*, IPRax 2009, 109, 111; *MünchKomm-BGB/Martiny* (Fn. 14), Art. 9 Rom I-VO Rn. 119, 141-143.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu Köhler (Fn. 1), S. 246-258.

<sup>33</sup> Näher hierzu Köhler (Fn. 1), S. 254 f.

*Damit lässt sich festhalten:* Der Grund für die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen resultiert nach vorzugswürdiger Ansicht nicht aus der "Durchsetzungsmacht" des Erlassstaates, sondern ergibt sich aus der Ordnungsfunktion des IPR. Zusätzliches Anwendungskriterium bildet daher alleine eine materielle "Sympathieprüfung", die anhand aller Mitgliedstaaten gemeinsamer Wertungen vorzunehmen ist.

## II. Abschließender Charakter von Art. 9 Abs. 3 Rom I?

Folgt man den bisherigen Ausführungen, ist damit zugleich die - hoch umstrittene - Frage nach einem abschließenden Charakter von Art. 9 Abs. 3 präjudiziert. Hierbei geht es darum, ob auch andere als vom Wortlaut erfasste Eingriffsnormen angewandt werden können, ob Art. 9 Abs. 3 also "Sperrwirkung" entfaltet.<sup>34</sup> Wenn jedoch dem IPR die beschriebene Ordnungsfunktion zuzugestehen ist, dann kann man sich nicht darauf beschränken, alleine die zur Vertragsnichtigkeit führenden Eingriffsnormen des - wie auch immer zu bestimmenden - Erfüllungsortes zur Anwendung zu bringen. Denn auch wenn sich diese Beschränkungen weit auslegen lassen - etwa indem man, wie einleitend bemerkt, unter dem Erfüllungsort jeden Ort versteht, der mit der tatsächlichen Erfüllungshandlung in Kontakt kommt -, gibt es durchaus weitere, nicht vom Wortlaut erfasste ausländische Bestimmungen, mit denen wir aufgrund gemeineuropäischer Wertungen "sympathisieren" und deren angemessenes Anknüpfungsmoment eben nicht der Erfüllungsort darstellt.<sup>35</sup>

Dies beispielsweise dann, wenn die deutsche Käuferin aus unserem Beispielfall den "großen Wagen mit Pferd" weiter nach Frankreich verkauft und es daher in diesem Vertragsverhältnis an einer *faktischen Erfüllungshandlung* in China fehlt.

Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO stellt deswegen nur ein *Regelbeispiel* ohne abschließenden Charakter dar.

## C. ZUSAMMENFASSUNG

Lehnt man eine "Sperrwirkung" ab, kommt eine über den Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO hinausgehende *Anwendung* ausländischer Eingriffsnormen in Betracht. Die wesentlichen Kriterien hierfür sind zusammengefasst:

---

<sup>34</sup> Vgl. hierzu Köhler (Fn. 1), S. 265-273.

<sup>35</sup> Vgl. hierzu Köhler (Fn. 1), S. 267-269.

- Die Verwirklichung eines auf die ausländische Eingriffsnorm bezogenen *Anknüpfungsmoments* und
- die positive Bejahung eines *Anwendungsinteresses* anhand einer *materiellen Sympathieprüfung*, deren Grundlage gemeinsame Wertungen *aller europäischer Mitgliedstaaten* bilden.

Anhand dieser Anwendungskriterien lässt sich ein potentiell allseitiges System für Eingriffsnormen im europäischen IPR *modo legislatoris* entwickeln - ein Weg, den zu gehen Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO keineswegs "versperrt".