

Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

Heft 33

und der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben von Prof. Dr. Rainer Hamm, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Rudolf Nirk, Rechtsanwalt beim BGH – Dr. Fritz Ostler, Rechtsanwalt in München – Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe, Rechtsanwalt in Hamburg – Prof. Dr. Konrad Redeker, Rechtsanwalt in Bonn.

Seite 2113–2176
47. Jahrgang
17. August 1994

Schriftleitung: Prof. Dr. Hermann Weber, Rechtsanwalt, Palmengartenstraße 14, 60325 Frankfurt a. M.

Aufsätze

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf v. Westphalen, Köln

Fallstricke bei Verträgen und Prozessen mit Auslandsberührung*

Aus Praktikersicht erläutert der folgende Beitrag die wesentlichen Tücken des internationalen Vertrags- und Prozeßrechts. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob das deutsche materielle Recht, namentlich das AGB-Gesetz, nicht zum internationalrechtlichen Danaergeschenk geworden ist. Schließlich werden die Störpotentiale für die internationale Wirtschaft erörtert, die ausländische Eingriffsnormen, deutsches zwingendes Recht (insbesondere des AGB-Gesetzes – auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr), das europäische Gemeinschaftsrecht und das internationale Zivilprozeßrecht für Verträge und Prozesse mit Auslandsbezug bereithalten.

I. Einleitung

Die Aufgabe, über die „Fallstricke“ bei internationalen Verträgen und Streitigkeiten mit Auslandsberührung zu schreiben, erinnert sogleich an ein geflügeltes Wort von Ernst Rabel, der mahnend seiner Nachwelt etwa wörtlich ins Stammbuch schrieb: „Wer sich in das Dickicht des internationalen Rechts begibt, der muß sich vor Augen halten: Hinter jedem Baum lauert dort ein Eingeborener mit einem vergifteten Pfeil“. Gleichgültig also, ob es sich um einen „vergifteten Pfeil“ oder (nur) um „Fallstricke“ handelt, das Ergebnis ist immer das gleiche: Wunden werden geschlagen. Hochgeschraubte Erwartungen werden zu Frustrationen, der Vertrag sichert nicht mehr verlässlich die Interessen der Parteien, finanzielle Verluste sind die naheliegende Folge. In diesem Szenarium macht es kaum einen Unterschied, ob dann der „Fallstrick“ dem Anwalt selbst oder „nur“ seinem Mandanten zum Verhängnis wurde, weil die vertragliche Regelung sich wegen der unzähligen Besonderheiten des jeweils anzuwendenden Rechts als brüchig, rechtswidrig oder schlicht nur als lückenhaft erwies. In all diesen Fällen schafft der Vertrag keine Rechtssicherheit. Die von den Parteien selbst gesetzte Ordnung versagt gegenüber dem Geltungsanspruch des jeweils anwendbaren Rechts.

II. Die Vereinbarung deutschen Rechts – ein Danaergeschenk?

Viele meinen nach wie vor, man könne den Fährnissen des internationalen Rechts dadurch am besten entgehen, daß auf das Vertragsverhältnis – ohne Wenn und Aber – „deutsches

Recht unter Ausschluß des UN-Kaufrechts“ vereinbart wird. Doch dies ist eine äußerst trügerische Hoffnung, seitdem *Medicus* mahndend die Frage gestellt hat, ob nicht der „Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht“ eingeläutet sei¹. Gerade das deutsche Recht erweist sich in vielen Punkten als ausgesprochen tückisch.

1. Keine wirksame Haftungsfreizeichnung oder Haftungsbegrenzung bei Verwendung von AGB

Für jeden Exporteur kommt es entscheidend darauf an, daß die im Vertrag verankerte rechtliche Ordnung das in jedem Kontrakt liegende unternehmerische und technische Risiko angemessen beherrscht: Das Entgelt soll – dies ist ein alter kaufmännischer Grundsatz – in einem vertretbaren Verhältnis zu den möglichen Risiken stehen, die sich aus dem Vertrag ergeben können. Doch genau dies ist nach der Rechtsprechung des BGH inzwischen nicht mehr der Fall, sofern vorformulierte Bedingungen verwendet werden.

a) Die „wesentliche“ Vertragspflicht. Der BGH läßt keinen Zweifel daran², daß jeder Vertrag wegen des ihm innewohnenden Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung eine „wesentliche“ Vertragspflicht enthält. Diese im Synallagma stehende Pflicht kann der Verkäufer nicht mehr durch Haftungsfreizeichnungsklauseln ausschließen. Gem. § 9 II Nr. 2 AGBG versagt daher jede Haftungsfreizeichnungsklausel selbst im Bereich leichter Fahrlässigkeit, sofern eine „wesentliche“ Vertragspflicht schuldhaft verletzt worden ist. Damit sind keineswegs nur die synallagmatischen Hauptpflichten gemeint, sondern auch die schuldhaft Verletzung von Nebenpflichten³. Entscheidend ist ausschließlich, ob die

* Der nachstehend abgedruckte Aufsatz ist die geringfügig überarbeitete Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 12. 5. 1994 vor der Arbeitsgemeinschaft internationaler Rechtsverkehr im DAV auf der Bielefelder Mitgliederversammlung des DAV gehalten hat. Zur Versammlung selbst vgl. Kappus, NJW 1994, 1850.

1) S. *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im SchuldR?, 1994, S. 12ff.

2) BGH, NJW 1991, 2631 = LM H. 5/1192 § 634 BGB Nr. 29 – VDMA; NJW 1993, 335 = LM H. 6/1993 § 9 (Cf) AGBG Nr. 40 m. Anm. Schmidt-Salzer – bautechnische Beratung.

3) BGH, NJW 1971, 1036 m. Anm. Schmidt-Salzer = LM Allg. Geschäftsbedingungen Nr. 34 – Heizöl; NJW 1985, 914 = LM § 9 (Cf) AGBG Nr. 10 – Tankschecksystem; Paulisch, DWiR 1992, 182 (183);

jeweilige – schuldhaft – Vertragsverletzung geeignet ist, den Vertragszweck i. S. von § 9 II Nr. 2 AGBG zu gefährden⁴. Soweit der Verkäufer eine *Haftungsbegrenzung* formularmäßig vereinbart, gilt in der Sache nichts anderes: Der BGH vertritt nachhaltig die Auffassung, daß nur noch die Haftungsbegrenzungsklausel mit § 9 II Nr. 2 AGBG vereinbar ist, die sich auf den vertragstypischen Schaden bezieht und dessen Ersatz zugunsten des geschädigten Vertragspartners sicherstellt⁵.

b) *Verzugshaftung und „wesentliche“ Vertragspflicht*. Soeben hat der BGH in der wegweisenden *Daihatsu*-Entscheidung klargestellt, daß auch die Verzugshaftung des Verkäufers gem. §§ 286, 326 BGB eine „wesentliche“ Vertragspflicht zum Gegenstand hat, so daß Haftungsfreizeichnungsklauseln an § 9 II Nr. 2 AGBG scheitern⁶. Und es besteht kein Zweifel daran, daß folglich auch die Verzugshaftung des Verkäufers künftig nur noch auf den vorhersehbaren Schaden beschränkt werden kann⁷. Alle unter dieser Schwelle liegenden Begrenzungsklauseln sind daher unwirksam. Es gelten mithin die gesetzlichen Haftungsregeln – und die sind bekanntlich verkäuferfeindlich.

c) *Verletzung „unwesentlicher“ Pflichten*. Doch damit nicht genug. Die Tücke liegt auch hier im Detail: Sofern nämlich der Verkäufer schuldhaft eine *unwesentliche Vertragspflicht* verletzt hat, der daraus resultierende Schaden aber erheblich ist, wird man die Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln zwar nicht an § 9 II Nr. 1 AGBG, wohl aber an § 9 I AGBG scheitern lassen müssen⁸. Gleichzeitig wird man prüfen müssen, ob nicht der bestehende oder nur üblicherweise bestehende Versicherungsschutz beim Verkäufer geeignet sein könnte, den entstandenen Schaden zu erfassen, so daß jedenfalls aus dieser Erwägung die Unwirksamkeit der Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel gefolgert wird⁹.

2. Die verschwommene Trennlinie zum Individualvertrag

Wenn also danach feststeht, daß der deutsche Exporteur – unter Berücksichtigung des deutschen Rechts – nicht mehr in der Lage ist, formularmäßig das von ihm schuldhaft verursachte Schadensersatzrisiko auszuschließen oder sinnvoll zu begrenzen, so drängt sich die Frage auf, ob dies aufgrund eines Individualvertrages möglich ist. Doch auch in diesem Bereich sind Zweifel angezeigt.

a) *Die Rechtsprechung*. Die Trennlinie zum ausgehandelten Individualvertrag gem. § 1 II AGBG vollzieht sich nach der Rechtsprechung des BGH in einem „Regelsatz“: Der AGB-Verwender ist gehalten, den „gesetzesfremden Kerngehalt“ der vorformulierten Klausel zur Disposition zu stellen, um dem Kunden „Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen“ einzuräumen¹⁰. Denn die dem Kunden eindeutig und unmißverständlich signalisierte Abänderungsbereitschaft wird sich „in aller Regel“¹¹ auch „in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes“¹² niederschlagen. Dies schließt ein und setzt voraus, daß der AGB-Verwender seinem Kunden die „reale Möglichkeit“ gewährt, entsprechend seiner eigenen rechtsgeschäftlichen Verantwortlichkeit „die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen“¹³.

b) *Die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht*. Es wird daher – durchaus konsequent – verlangt, ein „Aushandeln“ i. S. von § 1 II AGBG erfordere auch, daß der Kunde tatsächlich über die *ökonomischen Fähigkeiten* verfügt, seine eigenen Vorstellungen durchzusetzen¹⁴. Deshalb wird im Zusammenhang mit Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln darauf aufmerksam gemacht, daß auch hier der Verkäufer dem Kunden die reale Möglichkeit eröffnen müsse, von seiner rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit tatsächlich Gebrauch zu machen, indem er z. B. den Kunden um Alternativ-

vorschläge bittet¹⁵. Die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit beider Vertragspartner wird daher miteinander in Vergleich gestellt: Weder der einen noch der anderen Vertragspartei soll – rechtsgeschäftlich und wirtschaftlich – ein Vorteil zufließen¹⁶. Ganz folgerichtig ist es daher, daß auch auf seiten des Kunden die *intellektuelle Entscheidungsfähigkeit* eingefordert wird¹⁷.

c) *Schlussfolgerung*. Im Rahmen des „Aushandelns“ kommt es also nicht mehr ausschließlich darauf an, ob das formale Datum der Rechtsgeschäftsfähigkeit vorliegt¹⁸. Vielmehr ist in dieser Sicht der Dinge die *wirtschaftliche Geschäftsfähigkeit* ausschlaggebend. Und im Rahmen der intellektuellen Entscheidungsfähigkeit ist maßgebend, ob der Kunde – als unvermeidliche Folge des „Aushandelns“ i. S. von § 1 II AGBG – den strikten Schutz der §§ 3, 5, 9 AGBG tatsächlich einbüßen wollte – mit der Konsequenz, daß ihm dieser Nachteil nur dann angesonnen werden kann, wenn er auch in der Lage war, eben diesen Nachteil zu erkennen und ihn zugunsten der Privatautonomie zu wollen¹⁹. Notwendigerweise führt dies dazu, daß auch im kaufmännischen Bereich sich Machtgleichgewichte zum Schutz des Schwächeren auswirken. Es fügt sich in dieses Bild, daß die Auffassung des XII. Zivilsenats des BGH²⁰ in der Literatur keine ungeteilte Zustimmung erntete²¹: Es reicht eben für die Annahme einer Individualabrede im kaufmännischen Verkehr nicht aus, daß der AGB-Verwender eine vorformulierte Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklausel für schlicht unabdingbar erklärt²².

d) *EG-Richtlinie*. Die vorstehend erörterte Problematik hat durch die Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen²³ eine zusätzliche Dimension erhalten²⁴. Denn es besteht weitestgehend Einvernehmen darüber, daß das Kriterium der „Vielzahl“, wie es gegenwärtig noch in § 1 I AGBG zu finden ist, künftig keinen Bestand mehr beanspruchen soll. Folglich wird die Trennlinie zwischen richterlicher Inhaltskontrolle und Individualvertrag, wie aus Art. 3 I EG-Richtlinie abzulesen, künftig zwischen „nicht im einzelnen ausgehandelten“ Vertragsklauseln und „ausgehandelten“ Individualverträgen verlaufen. Ob daraus auch *Rückwirkungen* auf den kaufmännischen Verkehr gezogen werden, so daß es für diesen Bereich bei der bisherigen

AGB-Klauselwerke/F. Graf v. Westphalen, 1993, Freizeichnungsklauseln bei leichter Fahrlässigkeit Rdnrn. 36ff.

4) BGH, NJW 1988, 1785 – Werftarbeiten I; NJW-RR 1989, 953 (955) – Werftarbeiten II; NJW 1990, 761 (764) – Krankenhausvertrag.

5) BGH, NJW 1980, 1953 – Chemisch-Reinigung; NJW 1993, 335 = LM H. 6/1993 § 9 (Cf) AGBG Nr. 40 m. Anm. Schmidt-Salzer – bautechnische Beratung.

6) BGH, NJW 1994, 1060 m. Bespr. Graf v. Westphalen, WiB 1994, 359 = LM H. 6/1994 § 8 AGBG Nr. 23 m. Anm. Döser.

7) BGH, NJW 1994, 1060 = LM H. 6/1994 § 8 AGBG Nr. 23 m. Anm. Döser.

8) AGB-Klauselwerke/F. Graf v. Westphalen (o. Fußn. 3), Rdnrn. 60ff.

9) AGB-Klauselwerke/F. Graf v. Westphalen (o. Fußn. 3), Rdnr. 62ff.

10) BGH, NJW-RR 1987, 144 = LM § 1 AGBG Nr. 7; NJW 1988, 2465 (2466); NJW 1992, 1107 (1108) = LM H. 8/1992 § 9 (Bf) AGBG Nr. 22.

11) BGH, NJW-RR 1987, 144 = LM § 1 AGBG Nr. 7.

12) BGH, NJW-RR 1987, 144 = LM § 1 AGBG Nr. 7.

13) BGH, NJW 1988, 410; NJW-RR 1987, 144 = LM § 1 AGBG Nr. 7; NJW 1991, 1678 (1679) = LM § 1 AGBG Nr. 14; NJW 1992, 1107 (1108) = LM H. 8/1992 § 9 (Bf) AGBG Nr. 22.

14) Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 3. Aufl. (1994), § 1 Rdnr. 35.

15) S. Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG-Gesetz, 7. Aufl. (1993), § 1 Rdnr. 51.

16) Vgl. krit. Michalski/Römermann, ZIP 1993, 1434 (1438 ff.).

17) Vgl. Garrn, JZ 1978, 302 (303).

18) S. krit. Graf v. Westphalen, DB 1981, 61 (67).

19) So schon Garrn, JZ 1978, 302 (303).

20) BGH, NJW 1992, 2283 (2285) = LM H. 1/1993 § 305 BGB Nr. 58.

21) Ulmer/Brandner/Hensen (Fußn. 15), § 1 Rdnr. 51.

22) A. M. Palandt/Heinrichs, AGBG, 53. Aufl. (1994), § 1 AGBG Rdnr. 18.

23) Text abgedr. in NJW 1993, 1838 = EuZW 1993, 352.

24) Vgl. hierzu Habersack/Kleindiek/Wiedenmann, ZIP 1993, 1670; Hommelhoff/Wiedenmann, ZIP 1993, 562; Heinrichs, NJW 1993, 1817; Ulmer, EuZW 1993, 337; Graf v. Westphalen, EWS 1993, 161.

Formulierung von § 1 I AGB verbleibt, ist gegenwärtig noch offen²⁵. Indessen sind bislang Gesetzestechnik und praktische Ergebnisse des AGB-Gesetzes weitestgehend auf *Identität* von Rechtsvoraussetzungen und Rechtsfolgen im kaufmännischen und nicht-kaufmännischen Bereich gerichtet; ein nennenswerter Unterschied zwischen beiden Bereichen besteht nachweislich nicht²⁶.

Dies könnte also dazu führen, daß auch im kaufmännischen Bereich nur noch zwischen „nicht im einzelnen ausgehandelten“ Vertragsklauseln als Basis eines Individualvertrags und „ausgehandelten“ Vertragsklauseln zu unterscheiden wäre. Gerechtfertigt würde dieses Ergebnis – wie auch im Rahmen von § 24 AGBG – durch den rechtspolitischen Hinweis: Wenn man den kaufmännischen Letztverteiler gegenüber seinen Vorlieferanten nicht in gleicher Weise schützt, wie der Endverbraucher ihm gegenüber geschützt werden soll, so wird der kaufmännische Letztverteiler ganz zwangsläufig „in die Zange“ genommen; ihm wird der „seitengleiche Regreß“ genommen. Er hat dann keine eigene Vertragsgestaltungsfreiheit gegenüber dem Endkunden, ist aber seinerseits der „Privatautonomie“ seiner Vorlieferanten schutzlos ausgeliefert. Ob dieses Argument erneut Gefolgschaft findet, ist allerdings noch offen.

e) *Die Rechtsprechung des BVerfG.* Die Hinwendung zu zwingendem Recht hat gerade in jüngster Zeit durch das BVerfG eine nachhaltige Bestätigung erfahren²⁷. Denn das notwendigerweise zwischen Privatautonomie und grundgesetzwidriger Fremdbestimmung liegende Spannungsverhältnis wird vom BVerfG zu Lasten der Privatautonomie gelöst, um das „Recht des Stärkeren“²⁸ zu begrenzen. In der Sache kommt es hierfür entscheidend darauf an, ob eine „strukturell ungleiche Verhandlungsstärke“ zwischen den Parteien besteht²⁹. Es wäre jedoch ein Trugschluß zu meinen, hier sei eine Sonderrechtsprechung zugunsten geschäftlich unerfahrener, mittelloser Vertragspartner – nämlich: der in Sippenhaft genommenen Bürgen – gesetzt³⁰. Denn der aus Art. 2 I GG abzuleitende Schutz der Privatautonomie wurde im Beschluß des BVerfG vom 7. 2. 1990³¹ gegenüber einem *Handelsvertreter* begründet, der nach überlieferter Vorstellung gem. § 1 II HGB im Vollbesitz seiner rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit ist. Doch gerade auch in diesem Beschluß verlangte das BVerfG ein aus Art. 2 I GG abgeleitetes „annäherndes Kräftegleichgewicht“³².

f) *Die Schlußfolgerung des BGH.* Daraus hat der BGH nunmehr bei der Neuverhandlung der Bürgschaftsfälle den Rechtssatz abgeleitet:

„Die grundrechtlich geschützte Privatautonomie vermag das Abschließen risikoreicher und zugleich einseitig belastender Geschäfte nur zu rechtfertigen, sofern beide Parteien in der Lage sind, sich in Freiheit für oder gegen eine vertragliche Bindung zu entscheiden. Erst diese Freiheit sowie die uneingeschränkte Erkenntnismöglichkeit, mit welchen Rechtsfolgen die in Frage stehende Verpflichtung verbunden sein kann, ergeben die Rechtfertigung, einen belastenden Vertrag abzuschließen.“³³

Dabei fallen zwei Begriffsmerkmale auf, die für die *Vertragsgestaltungsfreiheit*, wie sie von Art. 2 I GG geschützt wird, schlechthin konstitutiv sind: Zum einen ist es die *Vertragsabschlußfreiheit*, also die Wahlfreiheit, ob sich die Parteien für oder gegen eine vertragliche Bindung entscheiden. Zum anderen ist es die – wesentlich schwieriger zu erreichende – *Vertragsgestaltungsfreiheit*. Diese schließt nach Auffassung des BGH die „uneingeschränkte Erkenntnismöglichkeit“ ein, welche *Rechtsfolgen* mit dem privatautonomen Gestaltungsakt des Vertrags verbunden sind. Damit scheint auch in der Sache das Tatbestandselement umschrieben zu sein, welches *Garn*³⁴ entwickelt hat, der als Voraussetzung für ein „Aushandeln“ i. S. von § 1 II AGBG verlangt, daß der Kunde die intellektuelle Erkenntnismöglichkeit besitzt, den Grundtatbestand jeder vertragsautonomen Vertragsgestaltung gegenüber vorformulierten Vertragsbedingungen zu akzeptieren, nämlich:

den Verlust des Schutzes aufgrund der zwingenden Bestimmungen des AGB-Gesetzes, also eine durch das „Aushandeln“ eingreifende ganz wesentliche *Verschlechterung* seiner Rechtsposition.

g) *Zwischenergebnis.* Aus diesem Geflecht von Überlegungen ergeben sich mithin folgende „Fallstricke“, die für das deutsche Recht und die in ihm wesentlich eingeschränkte Vertragsfreiheit typisch sind:

- Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln sind im kaufmännischen Verkehr unter Berücksichtigung von § 9 II Nr. 2 AGBG von § 9 I AGBG praktisch nicht mehr zu erreichen; das unternehmerische Risiko eines Exportvertrags kann folglich nicht mehr durch vorformulierte Klauseln auch nur annähernd beherrscht werden. Die Rechtssicherheit ist in weitreichendem Maß in Frage gestellt.
- Sowohl im kaufmännischen als auch im nicht-kaufmännischen Bereich ist der Grundsatz der Vertragsgestaltungsfreiheit gegenüber dem Risiko von vertraglicher *Fremdbestimmung* gem. Art. 2 I GG geschützt. Gegenüber vorformulierten Klauseln setzt deshalb die privatautonome Gestaltung des Vertrags voraus, daß die jeweilige Vertragsklausel vom rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen des Kunden im Sinn eines „Aushandelns“ beeinflusst und regelmäßig abgeändert wurde. Den damit erheblich eingeschränkten Rechtsschutz muß der Kunde in seinen rechtlichen Auswirkungen erkennen und wollen.
- Soweit sich die Vertragsgestaltungsfreiheit nicht in einem tatsächlichen „Aushandeln“ vorformulierter Klauseln niedergeschlagen hat, ist der durch Art. 2 I GG und die §§ 9–11 AGBG geschützte Bereich autonomer Selbstbestimmung tangiert.

III. Fallstricke bei Vereinbarung eines fremden Rechts

Damit drängt sich die Frage auf, welche „Fallstricke“ sich ergeben, wenn ein fremdes Schuldstatut vereinbart wird. Konkret ist also zu fragen, ob sich der Schutz des AGB-Gesetzes auch dann durchsetzt, wenn die Parteien zwar ein deutsches Forum, aber fremdes Recht als Vertragsstatut vereinbart haben, oder ob der Schutz der Vertragsfreiheit, der Privatautonomie, auf diese Weise erhöht werden kann.

1. Die Ermittlung fremden Rechts

a) *Generelle Erwägungen.* Anders als in einigen ausländischen Rechtsordnungen gilt nach § 293 ZPO für das deutsche Internationale Zivilprozeßrecht die Qualifikation fremder Rechtsätze als Recht, nicht jedoch als Tatsache³⁵. Deshalb hat der deutsche Richter ausländisches Recht von Amts wegen zu ermitteln³⁶. Zu ermitteln ist danach nicht nur der bloße Text des bestehenden fremden Gesetzesrechts, sondern auch das Gewohnheitsrecht und die durch die jeweiligen Eigenheiten der ausländischen Rechtsordnung hervorgebrachte überkommene Anwendung der einschlägigen Normen unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur des betreffenden Landes³⁷. Welche Erkenntnisquellen das deutsche Gericht hierfür heranziehen will, unterliegt seinem pflichtgemäßen Ermessen³⁸.

25) S. *Heinrichs*, NJW 1993, 1817 (1821); *Hommelhoff/Wiedemann*, ZIP 1993, 562 (571); *Ulmer*, EuZW 1993, 337 (343); a. M. *Graf v. Westphalen*, EWS 1993, 161 (163).

26) Vgl. aber auch *Habersack/Kleindiek/Wiedemann*, ZIP 1993, 1670 (1672).

27) *BVerfGE* 81, 242 = NJW 1990, 1469; *BVerfG*, NJW 1994, 36 m. Bespr. *Honsell*, NJW 1994, 565; s. auch *BGH*, NJW 1994, 1278; NJW 1994, 1341.

28) *BVerfG*, NJW 1994, 36 m. Bespr. *Honsell*, NJW 1994, 565.

29) *BVerfG*, NJW 1994, 36 m. Bespr. *Honsell*, NJW 1994, 565.

30) *BVerfG*, NJW 1994, 36 m. Bespr. *Honsell*, NJW 1994, 565.

31) *BVerfGE* 81, 242 = NJW 1990, 1469.

32) *BVerfGE* 81, 242 = NJW 1990, 1469.

33) *BGH*, NJW 1994, 1278.

34) *Garn*, JZ 1978, 302.

35) Vgl. *Zöller/Geimer*, ZPO, 18. Aufl., § 293 Rdnr. 14.

36) *BGH*, NJW 1980, 2022; NJW-RR 1986, 484.

37) *BGH*, NJW 1988, 648.

38) *BGH*, NJW 1988, 648.

Sollte das Gericht – trotz eifriger Mithilfe der Parteien – nicht in der Lage sein, das fremde Recht eindeutig festzustellen, etwa weil zu der konkreten Frage in dem betreffenden Staat keine gesetzliche Regelung existiert, so ist es gefestigte Judikatur: Das Gericht ist befugt, die entsprechenden Normen des deutschen Rechts als *Ersatzrecht* zur Anwendung zu berufen³⁹. Diese Lösung erweist sich in der Praxis häufig als durchaus hilfreich; sie findet ihre Begründung in der Tatsache, daß das deutsche Recht eine Klageabweisung aufgrund eines „non liquet“ bezüglich des ausländischen Rechts nicht kennt, weil dies im Ergebnis eine Rechtsverweigerung wäre⁴⁰.

Der immer wieder erlebte und bitter erlittene „Fallstrick“ bei solchen Konstellationen ist jedoch unübersehbar: Die Parteien und ihre Anwälte können und dürfen nicht darauf verzichten, selbst die Normen ausländischen Rechts im einzelnen zu ermitteln; sie müssen sich bemühen, dem Gericht die erforderlichen Hilfestellungen anzubieten. Denn es ist gefestigte Judikatur: Die Verletzung ausländischen Rechts kann auch dann nicht mit der Revision gerügt werden, wenn die Ausführungen des Berufungsgerichts über das ausländische Recht nicht erschöpfend sind, sofern das Berufungsgericht ersichtlich versucht hat, die ausländische Rechtspraxis in Rechtsprechung und Rechtslehre zu ermitteln⁴¹.

b) *Eilverfahren*. Praktisch größte Schwierigkeiten bereitet jedoch die Frage, wie das anwendbare ausländische Recht im Fall eines *Eilverfahrens* gem. §§ 915ff. ZPO zu ermitteln ist⁴².

Man denke in diesem Zusammenhang etwa an den stets höchst schwierigen Versuch, bei einer „indirekten“ Bankgarantie der deutschen Erstbank die Auszahlung der Garantiesumme an die ausländische Zweitbank im Wege der einstweiligen Verfügung gem. §§ 935, 940 ZPO zu verbieten, weil der Begünstigte die Direktgarantie gegenüber der ausländischen Erstbank rechtsmißbräuchlich in Anspruch nimmt⁴³.

Es ist keineswegs sicher, ob es angesichts der besonderen Eilbedürftigkeit derartiger Verfahren ausreicht, deutsches Recht als „Ersatzrecht“ anzubieten, sofern es dem Antragsteller gelungen ist, die den Rechtsmißbrauch „liquide“ stützenden Tatsachen dem Gericht zu unterbreiten⁴⁴. Doch im Eilverfahren den Inhalt ausländischen Rechts vor allem auf Basis einer „legal opinion“ dem Gericht gem. § 294 ZPO glaubhaft zu machen, ist ebenfalls wegen oft fehlender Glaubhaftigkeit solcher Anwaltsäußerungen keine sehr beeindruckende Lösung.

2. Anwendung zwingenden Forumrechts (Art. 34 EGBGB)

Falls also dieser „Fallstrick“ überwunden und das Gericht gem. § 293 ZPO den Inhalt ausländischen Rechts festgestellt hat, muß sogleich weiter gefragt werden, ob nicht wiederum ein „Fallstrick“ darin liegt, daß die zwingenden Bestimmungen des AGB-Gesetzes mit ihrer beträchtlichen Einschränkung der Vertragsfreiheit und ihrem hohen Schutzzaun gegenüber unangemessenen Benachteiligungen auf dem Umweg über Art. 34 EGBGB Anwendung finden.

a) *Grundsätzliche Gesichtspunkte*. Art. 34 EGBGB beruht auf Art. 7 II EVÜ. Sein Gegenstand ist die Anwendung der Bestimmungen des deutschen Rechts, „die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regeln“. Die besondere Schwierigkeit bei der praktischen Handhabung von Art. 34 EGBGB besteht im Eingeständnis, daß Art. 34 EGBGB selbst nicht darüber Auskunft gibt, ob und unter welchen Voraussetzungen deutsche Vorschriften „ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht“ gelten sollen und gelten wollen. Es überrascht daher nicht, daß die Interpretation von Art. 34 EGBGB außerordentlich umstritten ist⁴⁵. Denn Art. 34 EGBGB erfaßt solche zwingenden Bestimmungen, die sich ohne Rücksicht auf das Wirkungsstatut der von ihnen berührten zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse, d. h. also auch gegen eine Rechtswahl durchsetzen. So gesehen muß es sich um eine international zwingende Norm handeln⁴⁶. Ob dies zutrifft, kann nur

dadurch beantwortet werden, daß Sinn und Zweck der jeweiligen Norm geklärt werden; sie muß daher vor allem einen weitreichenden Anwendungswillen besitzen⁴⁷. Darüber hinaus ist ein *Inlandsbezug* des zu entscheidenden Sachverhalts erforderlich⁴⁸.

b) *Anwendung von § 9 AGBG*. aa) Soweit das Arsenal zwingender Vorschriften des deutschen Rechts bei der Interpretation von Art. 34 EGBGB bislang überhaupt bemüht worden ist, beschränken sich die Darlegungen in erster Linie auf die Bestimmungen des Verbraucherschutzes⁴⁹. Auch ist einzuräumen, daß die Interpretation von § 12 AGBG die hier interessierende Fragestellung in den Hintergrund gerückt hat, weil die h. M. davon ausgeht, daß die Wertung von § 12 AGBG – und damit die Berücksichtigung der zwingenden Bestimmung von § 9 AGBG – für den kaufmännischen Verkehr keine Anwendung findet⁵⁰. Daraus wird abgeleitet, daß § 12 AGBG selbst indiziert, daß ein internationaler Geltungswille des AGB-Gesetzes fehlt⁵¹.

bb) Soweit allerdings der internationale Geltungswille von § 9 AGBG wegen § 12 AGBG unter Hinweis auf § 24 AGBG abgelehnt wird, ist dieser Gesichtspunkt wahrlich nicht überzeugend⁵². Denn es gibt praktisch keine Bestimmung in den §§ 10 und 11 AGBG, welche nicht im Rahmen der Generalklausel von § 9 AGBG auch im kaufmännischen Verkehr beachtet wird. Jedenfalls gilt dies praktisch unangefochten für Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln, soweit der Verbotstatbestand groben Verschuldens gem. § 11 Nr. 7 AGBG in Rede steht⁵³ sowie innerhalb des Verbotstatbestands von § 11 Nr. 11 AGBG, wonach die Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung bei Vorliegen einer zugesicherten Eigenschaft gem. §§ 463, 480 II, 635 BGB auch im kaufmännischen Verkehr wirksam freigezeichnet werden kann⁵⁴. Das gleiche Resultat gilt, wie bereits gezeigt, sofern eine „wesentliche“ Vertragspflicht schuldhaft i. S. von § 9 II Nr. 2 AGBG verletzt worden ist⁵⁵.

Dies indiziert, daß zwischen den Kriterien von §§ 10 und

39) BGHZ 69, 387 (393ff.) = NJW 1978, 496 = LM Art. 22 EGBGB Nr. 6a; BGHZ 21, 155 = NJW 1956, 1597 = LM Art. 75 WG Nr. 1; Zöller/Geimer (o. FuBn. 35), § 293 Rdnr. 27.

40) Mankowski/Kerfack, IPRax 1990, 372 (373).

41) BGH, RIW 1990, 581.

42) Vgl. hierzu Mankowski/Kerfack, IPRax 1990, 372; OLG Hamburg, IPRax 1990, 400; Zöller/Geimer, § 293 Rdnr. 19; v. Bar, IPR I, 1987, Rdnr. 375.

43) S. dazu Graf v. Westphalen, Die Bankgarantie im internationalen Haftpflichtverkehr, 2. Aufl. (1990), S. 259ff.; vgl. auch OLG Köln, WM 1991, 1751; OLG Bremen, WM 1990, 1369.

44) Vgl. Mankowski/Kerfack, IPRax 1990, 372 (376f.).

45) Vgl. statt vieler Remien, RabelsZ 54 (1990), 431; Schurig, RabelsZ 54 (1990), 217.

46) Martiny, in: MünchKomm, 2. Aufl., Art. 34 EGBGB Rdnr. 7.

47) Zweigert, RabelsZ 14 (1942), 288; vgl. auch Coester, ZVgIRWiss 82 (1983) 1 (8ff.).

48) Palandt/Heinrichs (o. FuBn. 22), Art. 34 EGBGB Rdnr. 3; Reithmann/Martiny, Internationales VertragsR, 4. Aufl. (1988), Rdnrn. 280ff.; Martiny (o. FuBn. 46), Art. 34 Rdnr. 100.

49) Palandt/Heinrichs (o. FuBn. 22), Art. 34 EGBGB Rdnr. 3; Martiny (o. FuBn. 47), Art. 34 EGBGB Rdnr. 95.

50) Ulmer/Brandner/Hensen (o. FuBn. 15), § 12 Rdnr. 15; Palandt/Heinrichs (o. FuBn. 22), § 12 AGBG Rdnr. 3; einschränkend Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, AGBG II, § 12 Rdnr. 22; Kegel, IPR, 6. Aufl., S. 434.

51) S. Martiny (o. FuBn. 46), Art. 34 EGBGB Rdnr. 95.

52) Vgl. Palandt/Heinrichs (o. FuBn. 22), § 12 Rdnr. 3.

53) Wolf/Horn/Lindacher (o. FuBn. 14), § 11 Nr. 7 Rdnr. 47; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner (o. FuBn. 50), § 11 Nr. 7 Rdnrn. 39ff.; Palandt/Heinrichs (o. FuBn. 22), § 11 AGBG Rdnr. 38; a. M. Ulmer/Brandner/Hensen (o. FuBn. 15), § 11 Nr. 7 Rdnrn. 32f.

54) Ulmer/Brandner/Hensen, (o. FuBn. 15), § 11 Nr. 11 Rdnrn. 22f.; Palandt/Heinrichs (o. FuBn. 22) § 11 ABGB Rdnr. 75; Wolf/Horn/Lindacher (o. FuBn. 14), § 11 Nr. 11 Rdnr. 15.

55) BGH, NJW 1993, 335 = LM H. 6/1993 § 9 (Cf) AGBG Nr. 40 m. Anm. Schmidt-Salzer – bautechnische Beratung; NJW 1994, 1060 m. Bespr. Graf v. Westphalen, WtB 1994, 359 = LM H. 6/1994 § 8 AGBG Nr. 23 m. Anm. Döser – Daihatsu.

11 AGBG einerseits und § 12 AGBG andererseits kein nennenswerter Bewertungsunterschied bei der Wahl eines fremden Vertragsstatuts gegeben ist. Denn in allen diesen Fällen geht es um den Schutz der Vertragsfreiheit in Form der *Vertragsgestaltungsfreiheit*: Soweit diese nicht tatsächlich wahrgenommen worden ist, ist § 9 II Nr. 1 AGBG sowie insb. auch § 9 II Nr. 2 AGBG die durchgängige Tendenz zu entnehmen, formalarmäßige, erhebliche Abweichungen vom dispositiven Recht nicht zuzulassen, sondern darin eine unangemessene Benachteiligung des Kunden zu sehen, oder anders gewendet: Im Rahmen von § 9 II Nr. 1 und § 9 II Nr. 2 AGBG ist die *Vertragsgestaltungsfreiheit* des AGB-Verwenders nur noch in Rudimenten vorhanden. Das dispositive Recht des BGB ist auf dem Umweg über das AGB-Gesetz zur zwingenden Norm geworden. Diese schützt die Vertragsfreiheit, die sich lediglich als *Vertragsabschlußfreiheit*, nicht aber als *Vertragsgestaltungsfreiheit* tatsächlich manifestiert hat.

cc) Daraus ist – wenngleich noch keineswegs abschließend abgesichert – die These abzuleiten: Die fehlende Vertragsgestaltungsfreiheit wird jedenfalls im Ansatz gem. Art. 2 I GG gegenüber „nicht ausgehandelten“ Vertragsklauseln geschützt. Nach Auffassung des *BGH*⁵⁶ umfaßt die grundrechtlich geschützte Privatautonomie – jedenfalls gegenüber risikoreichen und zugleich einseitig belastenden Geschäften – die „uneingeschränkte Erkenntnismöglichkeit“, mit welchen Rechtsfolgen die in Frage stehende Verpflichtung verbunden ist. Fragt man daher, ob der Kunde über eine solche „uneingeschränkte Erkenntnismöglichkeit“⁵⁷ tatsächlich verfügt, um seine privatautonome Gestaltungsfreiheit zu nutzen, so ist dies jedenfalls dann zu verneinen, wenn auch der Kaufmann aufgrund intellektueller oder wirtschaftlicher Unterlegenheit nicht in der Lage war, seine rechtsgeschäftliche und wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit durchzusetzen. So gesehen scheint jedenfalls der Schutz des Schwächeren gem. Art. 2 I GG gewährleistet⁵⁸. Besteht also ein strukturelles Machtungleichgewicht zwischen AGB-Verwender und Kunde und äußert es sich darin, daß vorformulierte Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln im Vertrag verankert sind, die nach § 9 II Nr. 1 bzw. nach § 9 II Nr. 2 AGBG *unwirksam* sind, so spricht vieles dafür, jedenfalls in diesen Fällen eines strukturellen Machtungleichgewichts davon auszugehen, daß Art. 34 EGBGB zur zwingenden Anwendung von § 9 II Nr. 1 und § 9 II Nr. 2 AGBG führt.

Der damit bezweckte Schutz ist jedenfalls im Ansatz durch Art. 2 I GG erfaßt, so daß auf diesem Weg § 9 II Nr. 1 AGBG und § 9 II Nr. 2 AGBG den Charakter einer internationalen Norm erhalten. Mit einem Wort: Die durch die Rechtsprechung des *BVerfG* abgesicherte Privatautonomie des Art. 2 I GG reflektiert den Schutzgedanken von § 9 II Nr. 1 und § 9 II Nr. 2 AGBG und begründet damit den unbedingten, auch internationalen Geltungswillen dieser Norm.

dd) Dogmatisch ist es freilich auch denkbar, den „indirekten“ Weg über § 9 AGBG zu wählen, sofern im übrigen die Voraussetzungen von § 12 AGBG auch im kaufmännischen Verkehr bei einem Export- oder Importvertrag erfüllt sind. Gerade weil § 9 II Nr. 1 und § 9 II Nr. 2 AGBG der Vertragsgestaltungsfreiheit des AGB-Verwenders äußerst enge Grenzen vorschreiben und im Ergebnis bewirken, daß die dispositiven Normen des BGB und die des HGB zu zwingendem Recht werden, spricht vieles dafür, § 9 AGBG auch bei Vereinbarung eines fremden Schuldstatuts zu „berücksichtigen“. Der Unterschied zu Art. 34 EGBGB liegt auf der Hand: Danach ist ein *Anwenden* angezeigt; im Rahmen von § 12 AGBG bleibt es dann bei einem „Berücksichtigen“. In der Sache ist freilich dies lediglich ein dogmatischer Umweg. Denn das Ziel steht fest: Es wird die Beachtung des deutschen Rechts als eines Mindeststandards auf diese Weise verbürgt⁵⁹.

Anzulegen bleibt freilich, daß das „Weiterleben“ der Bestimmung von § 12 AGBG zeitlich befristet ist: Sofern die Richtlinie 93/13/

EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen tatsächlich umgesetzt ist, ist der EG-einheitliche Mindestschutz verbürgt. Nach der hier vertretenen Auffassung ist indessen eine grundlegende Differenzierung zwischen dem Schutz des Endverbrauchers und dem Schutz des kaufmännischen Verkehrs – zumindest rechtspolitisch – nicht angezeigt und bislang auch nicht durch die *BGH*-Judikatur zu §§ 9, 24 AGBG verbürgt.

ee) Der damit gefundene „Fallstrick“ belegt also: Auch im kaufmännischen Bereich sind gem. Art. 34 EGBGB die zwingenden Bestimmungen von § 9 AGBG zur Anwendung berufen; sie scheitern nicht daran, daß ein fremdes Vertragsstatut vereinbart ist. Dies gilt gleichermaßen für Export- wie für Importverträge.

c) *Exportverträge – Importverträge*. Doch bleibt zu fragen, ob Art. 34 EGBGB nur den *deutschen* Vertragspartner des (ausländischen) AGB-Verwenders im Auge hat, so daß diese Bestimmung lediglich bei *Importverträgen* gelten würde, oder ob darüber hinaus Art. 34 EGBGB auch zugunsten des *ausländischen Vertragspartners* Geltung beansprucht, falls ein deutsches Unternehmen AGB-Verwender ist. Der *Inlandsbezug* ist in beiden Fällen schon wegen des unterschiedlichen Erfüllungsorts unterschiedlich. Würde man diesen Gesichtspunkt durchschlagen lassen und den Geltungswillen von § 9 AGBG nach dem Inlandsbezug ausrichten, so würde man im Ergebnis an das *Personalstatut* der jeweiligen Vertragspartei anknüpfen. In der Sache würde dies bedeuten, daß dann Art. 34 EGBGB lediglich die Anwendung von § 9 AGBG bei einem *Importvertrag* bewirken würde, um sicherzustellen, daß der Importeur als Kunde des AGB-Verwenders nicht Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln ausgesetzt wird, die dem *Schutzzweck* von § 9 AGBG widerstreiten. Doch diese Differenzierung zerschellt am *Diskriminierungsverbot* und dem Gleichbehandlungsgrundsatz, wie er in Art. 6 EGV seinen Niederschlag gefunden hat⁶⁰. Auch die Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 59 EGV hindert jegliche Ungleichbehandlung, wie letztlich die *EuGH*-Entscheidung zu § 917 II ZPO belegt⁶¹.

d) *Zwischenergebnis*. Wenn man also akzeptiert, daß Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln in AGB gem. § 9 II Nr. 2 AGBG oder gem. § 9 I AGBG auch im kaufmännischen Verkehr grundsätzlich unwirksam sind, so ist damit der zentrale „Fallstrick“ des deutschen Rechts bezeichnet: Angesichts der Unwägbarkeiten, wie in verlässlicher Weise eine Abgrenzung vorformulierter Klauseln zu einem „ausgehandelten“ Individualvertrag gem. § 1 II AGBG zu vollziehen ist, muß der Verlust der privatautonomen Vertragsgestaltungsfreiheit beklagt werden. Dieser ist jedoch Reflex der vom *BVerfG* apostrophierten vertraglichen Selbstbestimmung gem. Art. 2 I GG, welche auch zugunsten des Kaufmanns eingreift. Dieses Ergebnis kann nicht dadurch außer Kraft gesetzt werden, daß die Parteien eines internationalen Vertrags ein fremdes Vertragsstatut vereinbaren, weil sich entweder gem. Art. 34 EGBGB oder unmittelbar, nach §§ 12, 9 AGBG, die zwingenden Bestimmungen des AGB-Gesetzes gleichwohl durchsetzen, also vom deutschen Forum zur Anwendung zu berufen sind.

IV. Berücksichtigung drittstaatlicher Normen

Der mit Abstand gefährlichste „Fallstrick“ bei internationalen Verträgen oder Streitigkeiten berührt die Frage, ob und inwieweit ein deutsches Forum verpflichtet ist, *drittstaatliche Normen* bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen. Es handelt sich dabei regelmäßig um *Eingriffsnormen*, welche einer

56) *BGH*, NJW 1994, 1278.

57) *BGH*, NJW 1994, 1278.

58) *BVerfGE* 81, 242 = NJW 1990, 1469.

59) Vgl. *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 22), § 12 AGBG Rdnr. 5.

60) *EuGH*, NJW 1993, 2431 = *EuZW* 1993, 514 – Anthony Hubbard/Peter Hamburger; s. hierzu auch *Wolf*, *RIW* 1993, 797.

61) *EuGH*, NJW 1994, 1271 = *EuZW* 1994, 216 – *Mund & Fester/Hatrex Int. Transport m. Anm. Thümmel*, *EuZW* 1994, 242.

Rechtsordnung angehören, die weder Vertragsstatut ist noch die *lex fori* bildet⁶².

1. Berücksichtigung nach deutschem Sachrecht

a) *Der dogmatische Ansatz.* Hinter dem „Pulverdampf dogmatischer Auseinandersetzungen“⁶³, welche die Frage beherrscht, unter welchen Voraussetzungen schuldstatutfremde *Eingriffsnormen* zu berücksichtigen sind, verbirgt sich eine Fülle von theoretischen Ansätzen⁶⁴. Darauf im einzelnen einzugehen, ist müßig. Festzuhalten ist allemal: Ausländische *Eingriffsnormen* – was immer darunter zu verstehen ist – sind niemals „anzuwenden“, weil dies gegen das Territorialitätsprinzip verstößt⁶⁵. Doch die „*Realien*“ des internationalen Handelsverkehrs belegen: Der Staat hat *Machtmittel* genug, sich durchzusetzen. Folglich ist es geboten, den von der ausländischen *Eingriffsnorm* ausgehenden Zwang in irgendeiner Weise – und d. h.: kollisionsrechtlich und materiellrechtlich – zu berücksichtigen⁶⁶.

Im Grundsatz gilt daher für die *Vertragsgestaltung*: Sofern der ausländische Staat, der die jeweilige *Eingriffsnorm* erlassen hat, die Macht hat, sich durchzusetzen, sind die *Tatbestandsauswirkungen* der jeweiligen *Eingriffsnorm* zu berücksichtigen⁶⁷. Auf Basis deutschen Sachrechts kommt entweder die Anwendung von § 134 BGB⁶⁸ oder Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB in Betracht⁶⁹. Zu denken ist aber auch daran, daß – etwa bei einem kollusiven Verstoß gegen Embargovor-schriften – Sittenwidrigkeit gem. § 826 BGB vorliegt⁷⁰.

Die Tücke des hier liegenden „*Fallstricks*“ erweist sich vor allem, wenn man berücksichtigt, daß es nicht entscheidend darauf ankommt, ob die schuldstatutfremden *Eingriffsnormen* schon bei Abschluß des Vertrags vorlagen oder erst später erlassen worden sind. Dies wirft die Frage auf, ob auch eine ausländische Verbotsnorm eine materiellrechtliche Berücksichtigung findet, sofern sie ein der Vertragserfüllung entgegenstehendes Leistungshindernis enthält⁷¹. Bestand das Leistungsverbot bereits bei Abschluß des Vertrags, so kann mit § 306 BGB geholfen werden⁷². Welcher Partei man dann die Nichtigkeitsfolge zuweist, ist freilich abhängig von der Vertragsvereinbarung und den Umständen des Falles. Ähnlich ist zu argumentieren, wenn die ausländische *Eingriffsnorm* – tatsächlich betrachtet – *Unmöglichkeit* der Leistungserfüllung bewirkt. Der Schuldner wird dann gem. § 275 BGB frei, falls er das Leistungshindernis nicht zu vertreten hat⁷³.

b) *Vertragsgestaltung.* Vertragstechnisch ist damit freilich wenig erreicht. Um diesen „*Fallstricken*“ aus dem Weg zu gehen, empfiehlt es sich allemal, bei internationalen Verträgen das „*Störpotential*“ des ausländischen fremden Rechts – gleichgültig auf welchem Rechtsgebiet es liegt – vor Abschluß des Vertrags gründlich zu erforschen. Inwieweit hier eine „*legal opinion*“ hilfreich ist, läßt sich nicht generell sagen. Für gewöhnlich gibt es jedoch kein plausibleres Instrument, um jedenfalls einen gewissen Einblick in die *Eingriffsnormen* des fremden Rechts zu erhalten. Darüber hinaus empfiehlt es sich, die „*force-majeure*“-Klausel sowie eine „*hardship*“-Klausel möglichst sorgfältig und ausführlich zu textieren. Damit kann erreicht werden, daß bei Eingreifen von nachträglichen Leistungshindernissen jedenfalls eine Anpassung der Rechte und Pflichten des Vertrags an die geänderten Umstände vollzogen wird⁷⁴.

Dieser „*Fallstrick*“ wird tendenziell noch dadurch erheblich erhöht, daß die Gewährung der *Hermes*-Deckung lapidar davon abhängt, daß die „*Einfuhr* in das Bestimmungsland“ nicht „gegen ein bestehendes Verbot verstößt“⁷⁵.

2. Art. 7 I – EVÜ – Gemeinschaftsrecht

Doch es stellt sich die Frage, ob dieser aus dem ausländischen Recht abzuleitende „*Fallstrick*“ nicht noch wesentlich höher gespannt ist, weil es gilt, auch EG-Gemeinschaftsrecht zu berücksichtigen.

a) *Art. 7 I EVÜ.* Art. 34 EGBGB entspricht bekanntlich der Textierung von Art. 7 II EVÜ; Art. 7 I EVÜ ist nicht in das IPRG übernommen worden⁷⁶. Die Bundesrepublik hat im Hinblick auf die Nichtübernahme von Art. 7 I EVÜ einen Vorbehalt gem. Art. 22 I lit. a EVÜ gezeichnet, weil Art. 7 I EVÜ eine unvertretbare Rechtsunsicherheit zur Folge hätte. Art. 7 I EVÜ hat folgenden Wortlaut:

„Bei Anwendung des Rechts eines bestimmten Staates aufgrund dieses Übereinkommens kann den zwingenden Bestimmungen des Rechts eines anderen Staates, mit dem der Sachverhalt eine enge Verbindung aufweist, Wirkung verliehen werden, soweit diese Bestimmungen nach dem Recht des letztgenannten Staates ohne Rücksicht darauf anzuwenden sind, welchem Recht der Vertrag unterliegt. Bei der Entscheidung, ob diesen zwingenden Bestimmungen Wirkung zu verleihen ist, sind ihre Natur und ihr Gegenstand sowie die Folgen zu berücksichtigen, die sich aus ihrer Anwendung oder ihrer Nichtanwendung ergeben würden.“

Danach kann der Richter ausländische *Eingriffsnormen* berücksichtigen, und zwar gleichgültig, ob es sich um solche der EG-Mitgliedstaaten handelt oder um die *Eingriffsnormen* von Drittstaaten.

b) *Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrags.* Unter Berücksichtigung des Diskriminierungsverbots von Art. 6 EGV sowie der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit der Art. 30 und 59 EGV ergibt sich jedoch in diesem Zusammenhang eine weitere Dimension⁷⁷. Fremde *Eingriffsnormen*, die den Import oder Export von Waren und Dienstleistungen in einen anderen EG-Mitgliedsstaat behindern, werden jedenfalls überhaupt nur dann angewandt, wenn sie sich in ihrem sachlichrechtlichen Gehalt wie in dem von ihnen geltend gemachten internationalen Anwendungsanspruch als *gemeinschaftsrechtskonform* erweisen. Denn alle Einfuhrbestimmungen sowie alle formal oder materiellrechtlich diskriminierenden Produkt- und Vermarktungsregelungen sind nur einer engen, in Art. 36 S. 1 und S. 2 EGV genannten Rechtfertigung zugänglich; die verwendeten Regelungsinstrumente müssen nämlich sowohl notwendig als auch erforderlich sein⁷⁸. Damit kommt man *kollisionsrechtlich* zu dem Ergebnis, daß jedenfalls gemeinschaftsrechtskonforme *Eingriffsnormen* nicht nur zu berücksichtigen, sondern – unabhängig von dem jeweiligen Vertragsstatut – vom Forum auch anzuwenden sind. Dies erfordert das im EG-Vertrag abgesicherte Ziel, einen Binnenmarkt zu verwirklichen.

62) S. Siehr, *RabelsZ* 53 (1988), 41; *Reithmann/Martiny* (o. Fußn. 48), Rdnrn. 335 ff.; *Martiny* (o. Fußn. 46) Art. 34 EGBGB Rdnr. 24 ff.

63) Vgl. *Martiny* (o. Fußn. 46), Art. 34 EGBGB Rdnr. 33.

64) Näher *Siehr*, *RabelsZ* 53 (1988), 41 ff.

65) *BGHZ* 31, 367 = *NJW* 1960, 1101 = *LM* Art. 7 ff. EGBGB (Interzon. Privatrecht) Nr. 38; *BGHZ* 64, 183 = *NJW* 1975, 1220 = *LM* § 121 UrhG Nr. 1.

66) *Reithmann/Martiny* (o. Fußn. 48), Rdnr. 315.

67) *Sandrock/Steinschulte*, Hdb. d. Internationalen Vertragsgestaltung, A Rdnrn. 188 ff.; *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 22), Art. 34 EGBGB Rdnr. 5.

68) *BGHZ* 59, 82 (85) = *NJW* 1972, 1575 m. Anm. *Mann*, *NJW* 1972, 2179 = *LM* § 2 ADS Nr. 2 – nigerianische Masken; *BGHZ* 69, 295 = *NJW* 1977, 2356 = *LM* § 134 BGB Nr. 197 a – Fluchthelfervertrag.

69) S. *Martiny* (o. Fußn. 46), Art. 34 EGBGB Rdnr. 51.

70) *BGH*, *NJW* 1991, 634 = *LM* § 826 (C) BGB Nr. 5 – Südafrika-Embargo; *NJW* 1993, 194 = *LM* H. 5/1993 § 826 (B) BGB Nr. 13 – Verstoß gegen thailändische Embargo-Bestimmungen.

71) S. *Zweigert*, *RabelsZ* 14 (1942), 301 ff.; *Martiny* (o. Fußn. 46), Art. 34 EGBGB Rdnr. 53; *Reithmann/Martiny* (o. Fußn. 48), Rdnrn. 353 f.

72) S. v. *Hoffmann*, *IPRax* 1981, 156 f.

73) Vgl. *Martiny* (o. Fußn. 46), Art. 34 EGBGB Rdnr. 13.

74) Vgl. im einzelnen *Horn*, *Adaption and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, 1985, passim.

75) S. hierzu *Graf v. Westphalen*, *Rechtsprobleme der Exportfinanzierung*, 3. Aufl. (1987), S. 150, 407 f.

76) Vgl. *Martiny* (o. Fußn. 46), Art. 34 EGBGB Rdnr. 5.

77) S. hierzu *Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623 (662 ff.).

78) *EuGH*, *Slg.* 1988, 547 (574 f.) – Vereinigtes Königreich/Kommission.

c) *Schlußfolgerung*. Geht man von dieser Konzeption aus, so steht jedenfalls fest: Das Kollisionsrecht muß dem Gemeinschaftsrecht Rechnung tragen. So gesehen erweist sich, daß die durch Art. 34 EGBGB – bezogen auf Art. 71 EVÜ – geschaffene *Lücke* primär gemeinschaftsrechtlich zu schließen ist. Doch reicht im Rahmen von Art. 6, 30 und 59 EGV eine an Art. 71 EVÜ orientierte potentielle Berücksichtigung fremden Rechts nicht mehr aus; geboten ist vielmehr eine sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebende zwingende Anwendung von gemeinschaftskonformen Regelungen des Waren- und Dienstleistungsverkehrs sowie die Beachtung des Verbots jeglicher Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gem. Art. 6 EGV.

3. Einschränkungen des Vertragsstatuts

Damit ist ein letzter „Fallstrick“ in diesem Zusammenhang bezeichnet: Das von den Parteien gewählte Vertragsstatut hat inzwischen nur noch eine höchst eingeschränkte Bedeutung. Wenn nämlich sowohl das „Datum“ schuldvertragsfremder Eingriffsnormen als auch die Art. 6, 30, 59 EGV zu berücksichtigen bzw. anzuwenden sind, reduziert sich die Bedeutung des Vertragsstatuts auf Rudimente: Regelungen der Ausfuhr, des Imports, der Devisenbewirtschaftung, des Währungsrechts, des Markt- und Berufsrechts, des öffentlichen Arbeitsrechts, des Steuerrechts – alle diese Materien durchdringen das Vertragsstatut und begrenzen seine Bedeutung erheblich. Diese Tendenz ist keineswegs überraschend; sie ist das notwendige Resultat einer immer stärkeren Partikularisierung und Bürokratisierung des Welthandels, vor dem die Parteien die Augen nicht verschließen können und von denen das Recht Kenntnis nehmen muß.

V. Gerichtsstandsvereinbarungen

Aus der Fülle der anstehenden Probleme, die sich bei internationalen Gerichtsstandsvereinbarungen ergeben, sollen hier nur einige herausgegriffen werden, die sich in der Praxis häufig als „Fallstricke“ erweisen.

1. Prozessuale Erwägungen

Es wird in der Praxis viel zu wenig beachtet, daß die Prorogation eines Gerichtsstands stets einen doppelten Inhalt hat: Neben der Prorogation eines an sich nicht zuständigen Gerichts ergibt sich aus der Vereinbarung, daß die Kompetenz des an sich zuständigen Gerichts derogiert wird⁷⁹. Da jeder Staat nur die Zuständigkeit seiner eigenen Gerichte regeln kann, also lediglich Zulässigkeit und Wirkungen der Derogation und Prorogation der eigenstaatlichen Zuständigkeit erfaßt, ist bei der ausschließlichen internationalen Gerichtsstandsvereinbarung eine *Doppelprüfung* vorzunehmen. Zwei Beispiele hierfür:

Vereinbaren z. B. die Parteien eines deutsch-tunesischen Vertrags die ausschließliche Zuständigkeit des deutschen Gerichts, dann ist das prorogierte Gericht nach deutschem Recht zwar zuständig geworden, das tunesische Gericht hat seine Zuständigkeit nach tunesischem Recht aber nicht verloren, da die Derogation insoweit *unwirksam* ist⁸⁰. Umgekehrt: Wenn nach dem Recht des „forum derogatum“ die Abdingung der an sich gegebenen Zuständigkeit zwar wirksam ist, nicht jedoch die *Zuständigkeitsvereinbarung* nach dem Recht des prorogierten Forums – wie z. B. in verschiedenen Fällen mangelnden Inlandsbezugs bei der Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich⁸¹, so ist aufgrund der Parteivereinbarung streng genommen überhaupt kein Gericht zuständig⁸². Es liegt dann eine wirkungslose Vereinbarung vor. Gleiches gilt auch dann, wenn eine *ausschließliche* Zuständigkeit vereinbart wird, das ergangene Urteil aber im Zweitstaat nicht anerkannt wird.

Fraglich ist, ob man in diesen Fällen von einem beiderseitigen Irrtum der Parteien ausgehen und die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 242 BGB zur Anwendung berufen kann⁸³. Denn dies setzt ein *Doppeltes* voraus: Zum einen muß das Vertragsstatut des Gerichtsstands das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kennen und

zum anderen muß es – wie das deutsche Recht – den beiderseitigen Rechtsirrtum wie einen Tatsachenirrtum behandeln⁸⁴.

2. Art. 17 I EuGVÜ

a) *Generelle Gesichtspunkte*. Ein oft überschener „Fallstrick“ besteht darin, daß der deutsche Exporteur der Auffassung ist, die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens gem. § 346 HGB fänden auch im grenzüberschreitenden Verkehr uneingeschränkt Anwendung. Indessen ist die Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts gem. Art. 31 II EGBGB eingeschränkt; es findet eine vom Vertragsstatut losgelöste *Sonderanknüpfung* statt, die im wesentlichen an das Schweigen einer Partei anknüpft⁸⁵. Diese Sonderanknüpfung ist dann in Erwägung zu ziehen, wenn nach den Rechtsregeln des maßgeblichen Vertragsstatuts eine Einigung vorliegt, es aber als unbillig erscheint, das Verhalten einer Partei an dem ihr fremden Vertragsstatut zu messen. Maßgebend ist deshalb die Antwort auf die Frage, ob – freilich: unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls – das Aufenthalts- und Wohnsitzrecht des Schweigenden *konsensbildenden Charakter* besitzt⁸⁶.

Ungeachtet der Textierung von Art. 9 II CISG sowie der noch nicht in Deutschland in Kraft getretenen Neufassung von Art. 17 I EuGVÜ (1989) spricht vieles dafür, der Rechtswirkung eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr grundsätzlich keine konsensschaffende Bedeutung zuzuweisen. Vielmehr ist es praktisch geboten, auf einem „schriftlichen Konsens“ zu bestehen, es sei denn, ein Staat anerkennt die deutschrechtliche Regel des kaufmännischen Bestätigungsschreibens⁸⁷.

b) *Gerichtsstandsvereinbarungen*. Ob man aufgrund der geänderten Fassung von Art. 17 I EuGVÜ (1989) im Hinblick auf *Gerichtsstandsvereinbarungen* künftig zu einem anderen Ergebnis gelangt⁸⁸ erscheint fraglich⁸⁹. Denn danach muß die Gerichtsstandsvereinbarung in einer Form vollzogen sein, „die einem Handelsbrauch entspricht, den die Parteien kannten oder kennen mußten und den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig allgemein kennen und regelmäßig beachten“⁹⁰. Gerade weil die EFTA-Staaten Bedenken gegen die Fassung von Art. 17 I EuGVÜ geäußert haben, ist die Feststellung nicht verfehlt: Die europäischen Gerichte werden kaum jemals in der Lage sein, einen internationalen branchenüblichen Handelsbrauch – bezogen auf die Rechtswirkungen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens – festzustellen⁹¹. Denn es ist bislang völlig ungeklärt, was unter einem solchen Handelsbrauch zu verstehen ist, den die Parteien nicht nur kennen, sondern in ihrem Geschäftszweig allgemein kennen und regelmäßig beachten. Rechtsvergleichende Untersuchungen fehlen⁹².

79) Schütze, Rechtsverfolgung im Ausland, 1986, S. 81 ff.

80) Schütze (o. Fußn. 79), S. 83 bei Fußn. 109 unter Berufung auf Art. 3 tunesische ZPO.

81) S. Schütze, IPRax 1985, 111.

82) Schütze (o. Fußn. 79), S. 84.

83) Vgl. hierzu Schütze, RIW 1982, 773.

84) Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 22), § 242 Rdnr. 149.

85) Vgl. hierzu auch Schwenzler, IPRax 1988, 86; Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 22), Art. 31 EGBGB Rdnrn. 4f.; Schwarz, IPRax 1988, 278.

86) S. Ebenroth, ZVglRWiss 77 (1978), 164; Linke, ZVglRWiss 79 (1988), 1; Reithmann/Martiny (o. Fußn. 48), Rdnr. 145.

87) Im einzelnen Graf v. Westphalen, in: Hdb. d. KaufvertragsR in den EG-Staaten einschließlich Österreich, Schweiz und UN-KaufR, 1992, passim bei den jeweiligen Länderberichten.

88) S. LG Essen, RIW 1992, 227.

89) Vgl. Schmidt, RIW 1992, 173.

90) S. auch Kropholler, Europäisches ZivilprozeßR, 4. Aufl., Art. 17 Rdnr. 42.

91) So schon Schmidt, RIW 1992, 173 (178).

92) S. mit Recht krit. Schmidt, RIW 1992, 173 (179).

Betrachtet man es z. B. als einen internationalen Handelsbrauch, daß Parteien AGB verwenden⁹³, so ist daran zu erinnern, daß bei der Kollision von Einkaufs- und Verkaufs-AGB gem. § 6 II AGBG dispositives Recht gilt⁹⁴. Ein Handelsbrauch kann also zumindest in diesen üblichen Fällen nicht bejaht werden; gleiches gilt dann, sofern in den Einkaufs- und Verkaufs-AGB gegenläufige Gerichtsstandsklauseln verwendet worden sind⁹⁵. Doch selbst wenn man von all diesen Erfordernissen absieht, so verlangt Art. 17 I EuGVÜ eben, daß Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben als Handelsbrauch in seinen Rechtswirkungen der anderen Vertragspartei bekannt ist, was das *OLG Köln*⁹⁶ z. B. für Italien mit Nachdruck abgelehnt hat.

3. Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen Vollkaufleuten im Lichte von § 9 II Nr. 1 AGBG

Ein weiterer „Fallstrick“: Ob Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen Vollkaufleuten gem. § 9 II Nr. 1 AGBG wirksam sind, ist im einzelnen umstritten. Die wohl h. M. geht davon aus, daß grundsätzlich keine Bedenken bestehen⁹⁷. Auch die instanzgerichtliche Judikatur vertritt diese Auffassung⁹⁸. Verschiedentlich wird jedoch danach differenziert, ob ein berechtigtes Interesse oder gar ein entsprechender Handelsbrauch besteht, so daß Gerichtsstandsvereinbarungen – auch unter Vollkaufleuten – nur mit dieser Einschränkung als nach § 9 II Nr. 1 AGBG vereinbar qualifiziert werden⁹⁹. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, daß das *OLG Köln*¹⁰⁰ eine interne Gerichtsstandsvereinbarung als nach § 9 II Nr. 1 AGBG unwirksam eingeordnet hat, wenn sie einen Gerichtsstand begründet, der vom gemeinsamen Gerichtsstand beider Vertragsparteien ohne sachlich gerechtfertigten Grund abweicht.

Es ist also noch nicht abschließend gesichert, ob der deutsche Exporteur berechtigt ist, seinen eigenen Gerichtsstand in Deutschland gem. § 38 ZPO formularmäßig zu vereinbaren, ohne damit gegen § 9 II Nr. 1 AGBG zu verstoßen¹⁰¹. Mißt man nämlich den §§ 12 ff. ZPO eine hohe Gerechtigkeitsfunktion zu, so läßt sich eine unangemessene Benachteiligung i. S. von § 9 II Nr. 1 AGBG durchaus bei einer Abweichung begründen, wengleich dies jedenfalls im grenzüberschreitenden Verkehr nicht unbedingt überzeugend ist.

Andererseits erscheint es wenig einleuchtend, Gerichtsstandsvereinbarungen im Rahmen von Art. 17 I EuGVÜ – auch in AGB-Klauselwerken – ohne weiteres zu akzeptieren, weil der Begriff „Vereinbarung“ in Art. 17 I EuGVÜ autonom auszulegen ist¹⁰². Dann nämlich ist dieser „Fallstrick“ nur unter der Voraussetzung niedrig gespannt, daß man gem. § 9 II Nr. 1 AGBG Gerichtsstandsklauseln im grenzüberschreitenden Verkehr grundsätzlich akzeptiert, so daß das darin liegende „Bequemlichkeitsinteresse“ des AGB-Verwenders nicht als unangemessene Benachteiligung des ausländischen Vertragspartners erscheint.

VI. Schlußbemerkungen

Durch die (notwendige) Beschränkung auf einige „Fallstricke“ in internationalen Verträgen und Streitigkeiten ist vieles ungesagt geblieben. Angefangen von dem leidigen Problem der AGB-Übersetzung, über die Verwendung fremdsprachiger AGB-Klauselwerke bis hin zu der Entscheidung des *EuGH*, wonach das Verlangen einer Ausländersicherheit gem. § 110 ZPO wegen der darin liegenden Diskriminierung gem. Art. 6 EGV nichtig ist¹⁰³. Auch blieb das *EuGH*-Urteil unbehandelt, wonach der besondere Arrestgrund des § 917 II ZPO ebenfalls dem Diskriminierungsverbot sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz geopfert wurde¹⁰⁴.

Ebenso mußte es den mannigfachen „Fallstricken“ ergehen, die sich aus der Anerkennung ausländischer Urteile ergeben; den besonderen *Ordre-Public*-Vorbehalt des Art. 38 EGBGB nach Art. 6 EGV zu verwerfen, hat schon *Roth* unternommen¹⁰⁵, obwohl der *BGH* erst kürzlich Art. 38 EGBGB ge-

genüber US-amerikanischen Urteilen auf Ersatz von „punitive damages“ hochgehalten hat¹⁰⁶. Keine Vertiefung erfuhr die Frage, ob das Gebot, im Zivilverfahren gegenüber vorläufig vollstreckbaren Urteilen Sicherehit durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder eines deutschen öffentlichrechtlichen Kreditinstituts zu leisten, nicht seinerseits gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 6 EGV verstößt.

Insbesondere wurde auch der schlimme „Fallstrick“ nicht gespannt, inwieweit im grenzüberschreitenden Verkehr Schiedsgerichtsklauseln an § 9 I AGBG scheitern, sofern die juristische Kompetenz des Schiedsgerichts nicht sichergestellt und namentlich nicht gewährleistet ist, daß der Schutz des AGB-Gesetzes realisiert wird, obwohl der *BGH* genau dies im internen Recht judiziert hat¹⁰⁷.

93) *LG Münster*, RIW 1992, 227 (228).

94) *BGH*, NJW 1991, 2633 (2634 f.) = LM § 377 HGB m. Anm. *Ruhwedel*.

95) A. M. *LG Münster*, RIW 1992, 227.

96) RIW 1988, 555 (557).

97) Vgl. *Palandt/Heinrichs* (o. FuBn. 22), § 9 AGBG Rdnr. 87; *AGB-Klauselwerke/F. Graf v. Westphalen* (o. FuBn. 3), Gerichtsstandsklauseln Rdnr. 13 ff.

98) *OLG Hamburg*, VersR 1986, 808; *LG Köln*, NJW-RR 1990, 419; a. M. *LG Karlsruhe*, JZ 1989, 690 m. abl. Anm. *Wolf*.

99) *S. Ulmer/Brandner/Hensen* (o. FuBn. 15), Anh. §§ 9–11 Rdnr. 402; *Soergel/Stein*, BGB, 12. Aufl., § 9 AGBG Rdnr. 78; *Wolf/Horn/Lindacher* (o. FuBn. 14), § 9 G Rdnr. 140; *Erman/H. Hefermehl*, BGB, 9. Aufl., § 9 AGBG Rdnr. 212.

100) ZIP 1989, 1068 (1069).

101) Vgl. *AGB-Klauselwerke/F. Graf v. Westphalen* (o. FuBn. 3), Gerichtsstandsklauseln Rdnr. 15.

102) *Kropholler* (o. FuBn. 90), Art. 17 Rdnrn. 20, 24 ff.

103) *EuGH*, NJW 1993, 2431 = *EuZW* 1993, 514 – Anthony Hubbard/Peter Hamburger; *Wolf*, RIW 1993, 797.

104) *EuGH*, NJW 1994, 1271 = *EuZW* 1994, 216 *Mund & Fester/Hatrex Int. Transport*; dazu *Thümmel*, *EuZW* 1994, 242.

105) *RabelsZ* 55 (1991), 623 (642 f.).

106) *BGHZ* 118, 312 = NJW 1992, 3096 = LM H. 2/1993 § 328 ZPO Nr. 38/39/40 m. Anm. *Kronke*.

107) *BGHZ* 115, 324 = NJW 1992, 575 = LM H. 4/1992 § 1027 ZPO Nr. 17 m. Anm. *M. Wolf*.

Richter am AG Professor Dr. Hans Rausch, Bad Münstereifel

Internationales Privatrecht in der familiengerichtlichen Praxis

Mit fortschreitender grenzüberschreitender Verflechtung nimmt bei den Familiengerichten die Zahl von Fällen mit Auslandsberührung zu. Deren kollisionsrechtliche Bewältigung erscheint nicht selten schwierig und fehlerträchtig. Der Beitrag soll – praktischen Bedürfnissen entsprechend – in einer Übersicht die für Familiensachen mit IPR-Bezug wichtigsten Grundtechniken, Rechtsquellen und Anknüpfungen aufzeigen und damit als Arbeitshilfe dienen. Vor allem in den Fußnoten finden sich weiterführende Hinweise zu Einzelfragen.

I. Allgemeine Grundbegriffe und -techniken

1. Auslandsbezug, Kollisionsrecht

Die Notwendigkeit zur Heranziehung des Internationalen Privatrechts sowie des Internationalen Verfahrensrechts ergibt sich immer dann, wenn ein Sachverhalt Auslandsbezug aufweist, d. h. wenn Berührungspunkte mit dem Ausland vorliegen, die nicht ganz offensichtlich rechtlich völlig unerheblich sind (Auslandselemente). Solche können z. B. sein: eine ausländische Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder Auf-