

# International-privatrechtliche Probleme und AGB-Gesetz

Von Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Es ist schon eine etwas merkwürdige Entwicklung zu beobachten: Das AGB-Gesetz hat eine ungeahnte Anziehungskraft für wissenschaftliche Veröffentlichungen entwickelt; die Zahl der Einzeldarstellungen ist kaum noch zu übersehen<sup>1</sup>, es gibt Monographien<sup>2</sup>, mehrere Kommentare<sup>3</sup> — aber so gut wie noch gar keine verlässlichen Gerichtsentscheidungen. Vielmehr: Die Kontroversen stehen im Vordergrund, und es fällt zusehends schwerer, für die Praxis verlässliche Richtlinien in diesem Gestrüpp aus Literaturmeinungen und Präjudizien der bisherigen Rechtsprechung zu finden, die freilich die Bestimmungen des AGB-Gesetzes — wenn überhaupt — lediglich am Rande berücksichtigt (vgl. § 28 Abs. 1 AGB-Gesetz). Auch für die Verwendung von AGB-Klauseln im grenzüberschreitenden Warenverkehr — wie es in Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen oder auch in Einkaufsbedingungen geschieht — gilt nichts anderes: Zwar hat sich auch hier die Wissenschaft in Einzeldarstellungen<sup>4</sup> der Diskussion der §§ 10 Nr. 8 und 12 AGB-Gesetz intensiv angenommen, doch ist — nach wie vor — vieles kontrovers geblieben, wenig ist eindeutig und damit für die Praxis als gesicherter Besitzstand zu bewerten — und zwar sowohl im nicht-kaufmännischen Bereich als auch im kaufmännischen Verkehr (vgl. § 24 AGB-Gesetz).

## 1. Verweisungsvertrag als Bezugspunkt des Klauselverbots gemäß § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz

Der Verbotstatbestand von § 10 Nr. 8 bezieht sich darauf, daß die Geltung ausländischen Rechts, einschließlich des Rechts der DDR nicht „vereinbart“ werden darf, sofern an der Vereinbarung eines fremden Rechts kein „anerkanntes Interesse“ besteht.

Das Klauselverbot erfaßt indes lediglich den Verweisungsvertrag, nicht aber den Hauptvertrag<sup>5</sup>; Verweisungsvertrag (Rechtswahlstatut) und Hauptvertrag (Schuldstatut) sind vielmehr scharf zu trennen, weil die Gültigkeit des einen nicht von der des anderen abhängt, was selbst dann gilt, wenn die Rechtswahl nur — was im übrigen fast regelmäßig geschieht — klauselmäßig im Hauptvertrag auftritt<sup>6</sup>. Zu bedenken ist dabei: Die Rechtswahl im Rahmen des Verweisungsvertrages hat grundsätzlich kollisionsrechtlichen Charakter<sup>7</sup>; es sind also die Kollisionsnormen des berufenen Rechts gewählt, was vor allem im Zusammenhang mit Rück- und Weiterverweisungen von Erheblichkeit ist<sup>8</sup>. Indessen bleiben Rück- und Weiterverweisungen dann außer Betracht, wenn die Rechtswahl aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung der Parteien erfolgt ist<sup>9</sup>. Der Fall einer materiell-rechtlichen Verweisung, zu der die Parteien auch befugt sind, ist hiervon streng zu trennen, weil in diesen Fällen die Parteien Regeln eines anderen Rechts für anwendbar erklären und dieses zum Vertragsinhalt

machen, obwohl der Vertrag bereits der Herrschaft eines bestimmten gewählten oder in sonstiger Weise maßgeblichen Rechts unterliegt<sup>10</sup>.

In praktischer Hinsicht ist zu berücksichtigen: Die Rechtswahl in Form der kollisionsrechtlichen Verweisung hat Vertragscharakter<sup>11</sup>. Doch das Verbot von § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz greift nur dann ein, wenn ein fremdes Recht auf den Vertrag als maßgebend vereinbart wird. Deshalb ist jeweils zu untersuchen, ob denn der Verweisungsvertrag überhaupt wirksam zustande gekommen ist. Nach der h. M. ist diese Frage auf der Grundlage des Schuldstatus zu prüfen, d. h.: Das von den Parteien für den Hauptvertrag ins Auge gefaßte Recht entscheidet auch darüber, ob der Verweisungsvertrag wirksam zustande gekommen ist<sup>12</sup>. Um ein Beispiel aufzugreifen: Haben die Parteien eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen, so ist — falls sich aus dieser Vereinbarung eine stillschweigende Rechtswahl ableiten läßt<sup>13</sup> — aufgrund dieses Rechts zu prüfen, ob der Verweisungsvertrag wirksam zustande gekommen und wirksam geblieben ist, oder ob Willensmängel, Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgründe eine Rolle spielen<sup>14</sup>. Freilich ist dies nicht unbestritten; die Rechtsprechung hat sich auch bislang noch nicht festgelegt<sup>15</sup>. Verschiedentlich wird auch die Auffassung vertreten, die Wirksamkeit des Verweisungsvertrages entscheide sich nach der *lex fori*<sup>16</sup>. Doch entspricht die Anknüpfung an das Schuldstatut der herrschenden Meinung.

<sup>1</sup> Allein zum Auslegungsproblem des § 1 AGB-Gesetz sind bislang folgende Einzeldarstellungen erschienen: Freiherr von Falkenhäusen, BB 1977 S. 1124; Garrn, JZ 1978 S. 302; Heinrichs, NJW 1977 S. 1505; Löwe, NJW 1977 S. 1328; Schnur, MDR 1978 S. 92; Trinkner, BB 1977 S. 717; Graf von Westphalen, DB 1977 S. 953; Wolf, NJW 1977 S. 1937.

<sup>2</sup> Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., München 1977; Heiermann/Linke, AGB im Bauwesen, Wiesbaden und Berlin 1978.

<sup>3</sup> Dittmann/Stahl, AGB-Kommentar, Wiesbaden und Berlin 1977; Koch/Stübing, AGB-Kommentar, Neuwied und Darmstadt 1977; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Kommentar, Heidelberg 1977; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG, Bielefeld 1977; Stein, AGB-Kommentar, Stuttgart, Berlin, Köln und Mainz 1977; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 3. Aufl., Köln 1978.

<sup>4</sup> Jayme, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Internationales Privatrecht, ZHR 1978 S. 105 ff; Landfermann, AGB-Gesetz und Auslands-Geschäfte, RIW/AWD 1977 S. 445 ff; Sonnenberger, Bemerkungen zum Internationalen Privatrecht im AGB-Gesetz, FS für Ferid, München 1978, S. 377 ff; vgl. auch Drobnig, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internationalen Handelsverkehr, FS für Mann, München 1977, S. 591 ff.

<sup>5</sup> Sonnenberger, aaO, S. 377, 378 f.

<sup>6</sup> Hierzu Reithmann/Martiny, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Köln 1972, Rdnr. 4; Staudinger/Firsching, vor Art. 12 EGBGB, Rdnrn. 324 ff; Kegel, IPR, 4. Aufl., München 1977, S. 290 f; vgl. auch BGH, AWD 1962, S. 52.

<sup>7</sup> BGH, aaO.

<sup>8</sup> Im einzelnen Hartwig, Renvoi im deutschen Internationalen Vertragsrecht, Frankfurt und Berlin 1967, Passim.

<sup>9</sup> Reithmann/Martiny, aaO, Rdnr. 16; Soergel/Kegel, Rdnr. 278 vor Art. 7 EGBGB.

<sup>10</sup> Hierzu Kegel, IPR, S. 290.

<sup>11</sup> Soergel/Kegel, Rdnr. 233 vor Art. 7 EGBGB; Reithmann/Martiny, aaO, Rdnr. 4.

<sup>12</sup> Staudinger/Firsching, Rdnr. 337 vor Art. 12 EGBGB; Kegel, aaO; Reithmann/Martiny, aaO.

<sup>13</sup> Hierzu RGZ 128 S. 76, 78; OGHZ 4 S. 138; BGH, WM 1969 S. 1140, 1141; Reithmann/Martiny, aaO, Rdnr. 29 m. w. N.

<sup>14</sup> Reithmann/Martiny, aaO.

<sup>15</sup> BGHZ 53 S. 189, 191.

<sup>16</sup> Palandt/Heldrich, Vorbem. 2 a, b vor Art. 12 EGBGB; Ferid, Internationales Privatrecht, Berlin 1975, § 6/18.

Nicht dem Schuldstatut unterworfen sind jedoch alle Rechtsfragen, die im Rahmen des vorkonsensualen Verhaltens der Parteien von Bedeutung sind. Diese Einschränkung der Maßgeblichkeit des Schuldstatuts ist inzwischen durchaus als gesichert zu qualifizieren<sup>17</sup>, obwohl es an Gegenstimmen nicht fehlt<sup>18</sup>. Gerade das wirksame Zustandekommen eines Verweisungsvertrages — und damit die Rechtswahl — kann jedoch aufgrund des vorkonsensualen Verhaltens der Parteien fraglich sein. Und dies ist praktisch von erheblichem Belang. Ein Beispiel: Ein deutscher Exporteur bestätigt die Bestellung eines ausländischen Kunden in einer Auftragsbestätigung, wobei klauselmäßig deutsches Recht vorgesehen wird. Obwohl der ausländische Kunde auf den Erhalt der Auftragsbestätigung schweigt, liefert der deutsche Exporteur, erhält aber keine Zahlung und klagt daher den Kaufpreis bei dem klauselmäßig vorgesehenen Gerichtsstand unter Geltung des deutschen Rechts ein<sup>19</sup>. Dann aber sind die hier maßgebenden Fragen, ob nämlich ein Verweisungsvertrag rechtswirksam zustande gekommen ist, nicht ohne weiteres auf Basis des Schuldstatuts — also nach deutschem Recht — zu prüfen; vielmehr: Es ist für den Bereich des vorkonsensualen Verhaltens an das Aufenthalts- bzw. Umweltrecht der am Vertragsabschluß beteiligten Parteien gesondert anzuknüpfen<sup>20</sup>. Insbesondere entscheidet sich die Frage, ob AGB in den jeweiligen Vertrag wirksam einbezogen worden sind, nicht auf Basis des Schuldstatus, sondern nach dem jeweiligen Recht des Offerenten, so daß § 2 AGB-Gesetz ggf. zu beachten ist<sup>21</sup>; soweit die Einbeziehung im kaufmännischen Geschäftsverkehr (vgl. § 24 AGB-Gesetz) in Rede steht, sind die von der Rechtsprechung geforderten, sich verdeutlichenden rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen der Einbeziehung zu berücksichtigen<sup>22</sup>. Was das Schweigen des ausländischen Kunden angeht, so ist dieses im Hinblick auf die daraus resultierenden Rechtswirkungen ebenfalls — und hier wird häufig der Schwerpunkt der Problematik liegen — nach dem für den Schweigenden geltenden Aufenthalts- bzw. Umweltrecht zu ermitteln<sup>23</sup>. Freilich gilt dieser Anknüpfungspunkt dann nach zutreffender Ansicht nicht, wenn — nach den Umständen des jeweiligen Falls — der ausländische Vertragspartner nicht darauf vertrauen konnte, sein Verhalten werde nach den Regeln des Heimatrechts beurteilt, zum Beispiel dann, wenn der Abschlußort in Deutschland liegt<sup>23a</sup>. Ob allerdings dann auch an das in den AGB bezeichnete Schuldstatut angeknüpft wird, wenn zum Beispiel ein Kreditinstitut bei Einschaltung einer ausländischen Korrespondenzbank in Deutschland die vertragstypische Leistung erbringt, läßt sich generell nicht sagen, obwohl es hierfür Hinweise in der BGH-Judikatur<sup>23b</sup> sowie in der Literatur<sup>23c</sup> gibt. Indessen ist mit Recht darauf aufmerksam gemacht worden, daß diese Judikatur inzwischen — wenngleich nicht aufgehoben — so doch vom dogmatischen Ansatz her überholt ist<sup>23d</sup>. Sie dürfte sich aber zumindest insoweit noch aufrecht erhalten lassen, als die vertragstypische Leistung — um beim Beispiel der Kreditinstitute zu bleiben — von diesem in Deutschland erbracht wird, ohne daß — anders als beim Warenverkehr — eine Wertbewegung über die Grenze stattfindet, zum Beispiel bei Eröffnung und Führung eines Depots oder eines Kontos. Nur wenn alle diese

Prüfungsschritte im Rahmen des vorkonsensualen Verhaltens, die der hier aufgeführte Beispielfall verlangt, durchlaufen sind und zu einem positiven Resultat geführt haben, kann vom wirksamen Zustandekommen des Verweisungsvertrages ausgegangen werden, so daß dann für alle übrigen Erwägungen das Schuldstatut Maß gibt<sup>24</sup>.

#### a) Die Ermittlung des Schuldstatuts

Ist allerdings das wirksame Zustandekommen des Verweisungsvertrages — außerhalb des Bereichs des vorkonsensualen Verhaltens — zu untersuchen, so ist an das Schuldstatut anzuknüpfen, welches nach dem üblichen IPR-Schema zu ermitteln ist. Es ist also nach dem ausdrücklichen Parteiwillen zu fragen<sup>25</sup>, sodann danach, ob eine stillschweigende Rechtswahl getroffen ist, wofür gewisse Anhaltspunkte maßgebend sein können<sup>26</sup>. Führt auch dies nicht zu einem eindeutigen Resultat, so entscheidet der hypothetische Parteiwille: Es wird das Recht angewandt, welches die Parteien vereinbart hätten, falls sie eine Rechtswahl getroffen hätten<sup>27</sup>; auch hier ist eine objektiviertere Interessenwertung vorzunehmen<sup>27a</sup>, die nach neuerer Rechtsprechung die Tendenz erkennen läßt, bei Lieferverträgen das Recht des Verkäufers maßgebend sein zu lassen<sup>28</sup>. Aber auch das läßt sich nicht verallgemeinern<sup>29</sup>. Deshalb ist letzten Endes, wenn auch die Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen nicht weiter führt, der Erfüllungsort im Sinn des § 269 BGB zu ermitteln — mit der Folge, daß dann das (jeweilige) Recht des Erfüllungsortes gilt<sup>30</sup>.

Zusammenfassend: Der Verbotstatbestand von § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz bezieht sich nur auf die Rechtswahl der Parteien, in Form einer realen Ver-

<sup>17</sup> Staudinger/Firsching, Rdnr. 337 vor Art. 12 EGBGB; Drobnig, aaO, S. 600 ff; Ferid, aaO, § 5/92 ff; Reithmann/Martiny, aaO, Rdnr. 74; BGHZ 57 S. 72 ff; hierzu von Hoffmann, RabelsZ 36 S. 510 ff; Martiny, AWD 1972 D. 165 ff; Graf von Westphalen, AWD 1972 S. 593 ff; LG Mainz, AWD 1972 S. 298 mit Anm. Ebsen/Jayme; vgl. auch Jayme, FS für Bärmann, München 1975, S. 509 ff — zum Problem des Sprachrisikos; Hepting, AWD 1975 S. 457 ff — Zum Problem der ADSP

<sup>18</sup> Ungnade, WM 1973 S. 1130 ff; Palandt/Heldrich, Vorbem. 4 vor Art. 12 EGBGB; vgl. auch BGH, NJW 1976 S. 2075; im übrigen auch Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Anhang zu § 2 Rdnr. 5 m. w. N.

<sup>19</sup> vgl. den Tatbestand in BHZ 57 S. 73

<sup>20</sup> vgl. Fußnote 17

<sup>21</sup> hierzu im einzelnen Drobnig, aaO, S. 600 ff

<sup>22</sup> vgl. neuestens BGH, BB 1978 S. 1085

<sup>23</sup> vgl. Drobnig, aaO

<sup>23a</sup> BGH, AWD 1965 S. 30; BGH, WM 1970 S. 1050; BGH, WM 1973, S. 1238; BGH, WM 1976, S. 1311; zu den beiden zuletzt erwähnten ADSP-Entscheidungen vgl. auch Hepting, AWS 1975, S. 457 ff; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Anhang zu § 2 Rdnr. 7

<sup>23b</sup> BGH, NJW 1971, S. 2126

<sup>23c</sup> Hierzu auch Ungnade, WM 1973 S. 1130 ff; hierzu auch Drobnig, aaO S. 601 ff — Kritisch zu BGH, WM 1973, S. 1238, 1240; Jayme aaO, S. 509, 514

<sup>23d</sup> So auch schon Schmidt-Salzer, Anmerkung zu BGH, NJW 1971 S. 2126, 2128; vgl. auch Hepting aaO

<sup>24</sup> Staudinger/Firsching, Rdnr. 337 vor Art. 12 EGBGB

<sup>25</sup> BGHZ 7 S. 231, 234; BGHZ 9 S. 34, 37; BGHZ 17 S. 89, 92; BGHZ 19 S. 110, 111; BGHZ 52 S. 239, 241; weitere Nachweise bei Staudinger/Firsching Rdnrn. 313 ff vor Art. 12 EGBGB

<sup>26</sup> BGHZ 53 S. 189, 191; im einzelnen auch Reithmann/Martiny, aaO, Rdnrn. 28 ff

<sup>27</sup> Übersicht bei Reithmann/Martiny, aaO, Rdnrn. 18 ff

<sup>27a</sup> BGH, NJW 1961 S. 25; BGH, AWD 1965 S. 455

<sup>28</sup> BGH, AWD 1973 S. 760

<sup>29</sup> Demgegenüber BGHZ 57 S. 72 ff

<sup>30</sup> vgl. BGHZ 17 S. 89, 92; BGH, WAWD 1960 S. 183; vgl. im übrigen Reithmann/Martiny, aaO, Rdnrn. 65 ff

einbarung; nur insoweit werden Zulässigkeits-schranken der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie errichtet<sup>31</sup>. Konsequenz ist, daß § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz dann nicht greift, wenn — mangels einer realen Parteiwahl — an das Recht angeknüpft wird, welches sich aus der Wertung des hypothetischen Parteiwillens oder durch Ermittlung des Erfüllungsortes gemäß § 269 BGB ergibt.

#### b) Die Auslegung des Begriffs „aner kennenswertes Interesse“ in § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz

Die Vereinbarung eines fremden Rechts ist nur dann gemäß § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz wirksam, wenn an der Rechtswahl ein „aner kennenswertes Interesse“ besteht. Richtig erscheint es, diese Voraussetzungen immer dann zu bejahen, wenn an der Wahl eines fremden Rechts ein vernünftiges Interesse infolge eines nicht mißbräuchlich zustande gekommenen Auslandsbezugs sachlicher oder persönlicher Art vorliegt<sup>32</sup>. Wird z. B. der Abschlußort (Kaffeefahrt) erschlichen, so fehlt es zweifelsfrei an einem „aner kennenswertes Interesse“ an der Wahl des betroffenen Rechts. Sind jedoch AGB-Verwender und/oder zu liefernde Ware im Ausland belegen, dann ist regelmäßig kein Raum, den Verbotstatbestand von § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz eingreifen zu lassen. Sofern also das „aner kennenswertes Interesse“ im hier vorgeschlagenen Sinn — z. B. beim Kauf von Ware, die ein ausländischer Unternehmer aus dem Ausland anbietet — bejaht werden kann, ist es nicht erforderlich, daß eben dieses Recht, zu welchem ein ausreichender Bezug besteht, vereinbart wird; vielmehr kann in diesen Fällen — was freilich bestritten ist<sup>33</sup> — ein anderes, z. B. auch ein neutrales Recht gewählt werden.

aa) Überwiegend wird allerdings die Meinung vertreten, der Begriff des „aner kennenswertes Interesses“ müßte in § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz — vornehmlich im Interesse des sozial Schwächeren — anders verstanden werden als im Bereich der individualvertraglichen Parteiautonomie<sup>34</sup>. Es komme deshalb darauf an, daß der AGB-Verwender ein überwiegendes „aner kennenswertes Interesse“ an der Vereinbarung des ausländischen Rechts habe — verglichen mit dem Interesse des AGB-unterworfenen Kunden, daß auf seinen Vertrag deutsches Recht angewandt wird<sup>35</sup>. Gewiß, es ist zutreffend: Diese Auffassung kann sich auf die Begründung des Regierungsentwurfs stützen<sup>36</sup>. Doch bestehen gegen diese Interpretation durchgreifende Bedenken.

bb) Zunächst stimmt bedenklich, daß der Begriff des „aner kennenswertes Interesses“ in § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz zeitweise erheblich strapaziert und mit sozial- oder wirtschaftspolitischen Glaubensbekenntnissen überlagert wird. So ist z. B. davon die Rede, es müsse ein „stark überwiegendes aner kennenswertes objektives Interesse an der Geltung fremden Rechts“<sup>37</sup> verlangt werden oder es heißt, das Interesse der „wirtschaftlich stärkeren Partei“, den eigenen Willen — und damit das eigene Recht — gegenüber dem AGB-unterworfenen inländischen Kunden durchzusetzen, sei bei der Interessenabwägung gemäß § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz „eher zu Lasten des Verwenders“<sup>38</sup> zu bewerten. Doch

entscheidender als diese Überlegung ist die Betrachtung des Ergebnisses: Greift nämlich § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz als Verbotstatbestand ein, so führt dies keineswegs und ohne weiteres, zwingend und in allen Fällen zur Anwendung deutschen Rechts. Vielmehr: Lediglich die Rechtswahlklausel ist gemäß § 6 AGB-Gesetz unwirksam, so daß auf das übliche IPR-Instrumentarium zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens zurückzugreifen oder an den Erfüllungsort gemäß § 269 BGB anzuknüpfen ist<sup>39</sup>. Und aufgrund dieser Argumentation kann es natürlich durchaus so sein, wenn man der überwiegend vertretenen Auffassung folgt: Zwar greift § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz ein, weil ein besonders ausgeprägtes „aner kennenswertes Interesse“ an der Wahl des fremden Rechts nicht konstatiert werden kann; gleichwohl wird jedoch eben dieses Recht aufgrund der Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen, z. B. durch Ermittlung der charakteristischen Leistung des Vertrages<sup>40</sup> zur Anwendung berufen. Daß dies ein ungereimtes Ergebnis ist, liegt auf der Hand. Zu ändern wäre es nur dann, würde man — was indessen nie gewollt war — dem Verbotstatbestand von § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz kollisionsrechtliche Bedeutung zumessen und damit die Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen oder an das Recht des Erfüllungsortes gemäß § 269 BGB unter neue, erschwerte Voraussetzungen stellen<sup>41</sup>. Ganz entscheidend aber ist schließlich: Zu einer derartigen Überinterpretation des „aner kennenswertes Interesses“ in § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz besteht zumindest in den Fällen kein Anlaß — und zwar auch nicht unter dem Gesichtspunkt, den sozial Schwächeren, intellektuell Unterlegenen, den AGB-unterworfenen Kunden — auch mit Hilfe eines gewissen Chauvinismus — zu schützen, in denen § 12 AGB-Gesetz Anwendung findet. Der Vertrag „unterliegt“ dann dem ausländischen Recht, so daß die Bestimmungen des AGB-Gesetzes zu „berücksichtigen“ sind. Das aber bedeutet: Der inländische, dem ausländischen Recht unterworfenen AGB-Kunde wird dann im Ergebnis ebenso geschützt wie der inländische, dem deutschen Recht unterworfenen AGB-Kunde, für den die Bestimmungen des AGB-Gesetzes eben geschaffen worden sind.

<sup>31</sup> Sonnenberger, aaO, S. 377, 379

<sup>32</sup> wie hier Jayme, ZHR 142 S. 105, 117; Sonnenberger, aaO; Schmidt-Salzer, AGB, F 256; so wohl auch Schlosser, § 10 Nr. 8 Rdnr. 5; so im Ergebnis auch Landfermann, REW/AWD 1977 S. 445, 447

<sup>33</sup> Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 10 Nr. 8 Rdnr. 4; Schlosser, § 10 Nr. Rdnr. 5; a. M. Koch/Stübing, § 10 Nr. 8 Rdnr. 16; Brandner, § 10 Nr. 8 Rdnr. 11

<sup>34</sup> Koch/Stübing, § 10 Nr. 8 Rdnr. 17 f.; Palandt/Heinrichs, § 10 Nr. 8 Anm. a); Stein, § 10 Rdnr. 56; Dittmann/Stahl, Rdnr. 325; Landfermann REW/AWD 1977 S. 455, 446 — allerdings im Ergebnis wohl modifizierend, vgl. S. 447; offenlassend Dietlein/Rebmann, AGB aktuell, § 10 Nr. 8 Rdnr. 2

<sup>35</sup> Brandner, § 10 Nr. 8 Rdnr. 7

<sup>36</sup> BT-Drucks. 7/3919 S. 27

<sup>37</sup> Brandner, § 10 Nr. 8 Rdnr. 7 — 2. Aufl.; diese Formulierung findet sich in der 3. Aufl. nicht mehr in dieser Prägnanz.

<sup>38</sup> Koch/Stübing, aaO

<sup>39</sup> Jayme, aaO, S. 116; a. M. Brandner, aaO

<sup>40</sup> BGH, AWD 1973 S. 670; im übrigen auch Sonnenberger, aaO, S. 379 ff

<sup>41</sup> Hierauf weist insbesondere Sonnenberger, aaO, hin.

Es besteht also kein triftiger Grund, von dem bislang bekannten und in der Wissenschaft anerkannten Tatbestandselementen des Begriffs des „aner kennenswerten Interesses“ abzugehen, nur weil dieser Begriff in einem Verbraucherschutzgesetz auftritt. Und dies gilt insbesondere dann, wenn man das weitere kollisionsrechtliche Instrumentarium zu Hilfe nimmt, im Einzelfall stets zu untersuchen, ob nicht die Rechtswahl als mißbräuchlich anzusehen ist, so daß der IPR-typische Tatbestand der Gesetzesumgehung vorliegt<sup>42</sup> — mit der Konsequenz, daß der kollisionsrechtlichen „Rechtswahl“ dann die Wirksamkeit aus diesem Grunde versagt wird<sup>43</sup>. Zum Beispiel: Sollte bei einer Kaffeefahrt ins Ausland jemals ein „aner kennenswertes Interesse“ an der Wahl des fremden Rechts wegen des dort gelegenen Abschlußortes in Betracht zu ziehen sein, dann bleibt immer noch zu fragen, ob die Rechtswahl nicht wegen Erschleichung der kollisionsrechtlichen Anknüpfung mißbräuchlich ist — eine Frage, die in der Regel zu bejahen ist.

- cc) Nicht minder hohe Wellen schlägt das sozialpolitische Engagement zum Schutz des AGB-unterworfenen Kunden, wenn vorgeschlagen wird, § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz analog auf die Fälle anzuwenden, in denen ein im Inland ansässiger AGB-Verwender deutsches Recht gegenüber einem ausländischen Kunden vereinbart<sup>44</sup>. Denn einer solchen Analogie bedarf es doch gar nicht, weil in diesen Fällen die Bestimmungen des AGB-Gesetzes ohnedies gelten — zwar nicht § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz, wohl aber § 9 AGB-Gesetz, was allemal — angesichts der Funktion von § 9 AGB-Gesetz<sup>45</sup> — einem ausreichenden Schutz des ausländischen Kunden vor unangemessenen AGB-Klauseln sicherstellt.

## 2. Anwendung auf Kaufleute gemäß § 24 AGB-Gesetz

Nimmt man die hier gewonnenen Ergebnisse zusammen, so fragt es sich, ob es nach § 9 AGB-Gesetz geboten ist, Kaufleute in gleicher Weise vor der Vereinbarung ausländischen Rechts zu schützen, wie dies in § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz zugunsten des nicht-kaufmännischen Verkehrs geschehen ist. Hierzu besteht — was auch der überwiegend vertretenen Auffassung entspricht<sup>46</sup> — kein Anlaß, weil Kaufleute, die im internationalen Geschäfts- und Handelsverkehr tätig werden, nicht unangemessen benachteiligt werden, wenn sie bei Vorliegen eines „aner kennenswertes Interesses“ im Rahmen der hier beschriebenen Definition mit der Geltung ausländischen Rechts konfrontiert werden. Doch ist dies dogmatisch-systematisch eine Frage, die im Zusammenhang mit der Erörterung von § 12 AGB-Gesetz noch näher vertieft werden soll, weil sie darauf hinausläuft: Muß ein inländischer Kaufmann, der mit einem ausländischen AGB-Verwender einen Vertrag abschließt, welcher ausländischem Recht unterliegt, in der Weise geschützt werden, daß unter Berücksichtigung der Generalklausel von § 9 AGB-Gesetz (vgl.

§ 24 AGB-Gesetz) die dort niedergelegte richterliche Inhaltskontrolle zu seinen Gunsten zum Zuge kommt?

## 3. Das Klauselverbot des § 12 AGB-Gesetz

Der Verbotstatbestand von § 12 AGB-Gesetz greift — sowohl im Erkenntnis- wie im Anerkenntnisverfahren — dann ein, wenn der Vertrag ausländischem Recht „unterliegt“ und die weiteren Voraussetzungen der Ziff. 1 und 2 erfüllt sind; dann sind die Vorschriften des AGB-Gesetzes „gleichwohl zu berücksichtigen“.

Im Rahmen des Erkenntnisverfahrens ist § 12 AGB-Gesetz nur dann anwendbar, wenn die international-prozeßrechtliche Zuständigkeit deutscher Gerichte gem. §§ 12 ff ZPO analog gegeben ist<sup>47</sup>. Dies bedeutet, daß regelmäßig geprüft werden muß, ob die Voraussetzungen einer wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung gem. § 38 ZPO erfüllt sind; die Sonderregeln von Art. 17 des EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens sind dabei auf Basis der Leitlinien der Judikatur des EuGH im Auge zu behalten<sup>48</sup>. Die international-prozeßrechtliche Zuständigkeit deutscher Gerichte kann sich jedoch auch aus anderen Gesichtspunkten herleiten lassen, z. B. aus dem Gerichtsstand des Erfüllungsorts gem. § 29 ZPO oder aus dem allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes eines inländischen AGB-Kunden gem. § 12 ZPO. Sofern die international-prozeßrechtliche Zuständigkeit deutscher Gerichte gem. § 12 ff ZPO analog zu bejahen ist, muß sodann für die Prüfung des Verbotstatbestandes von § 12 AGB-Gesetz zunächst — wie bei § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz — das wirksame Zustandekommen des Verweisungsvertrages auf Basis des Schuldstatuts ermittelt werden<sup>49</sup>; selbstverständlich gilt auch insoweit für den gesamten Bereich des vorkonsensualen Verhaltens die zuvor dargestellte Ausnahme<sup>50</sup>. Ist danach wirksam der Verweisungsvertrag — ausgerichtet auf ein fremdes Schuldstatut — zustande gekommen, so ist weiterhin zu prüfen, ob auch der Hauptvertrag nicht nur wirksam zustande gekommen, sondern auch wirksam geblieben ist, weil nur dann im Ergebnis der abgeschlossene Vertrag gem. § 12 AGB-Gesetz ausländischem Recht „unterliegt“. Welches Recht dabei Schuldstatut ist, entscheidet sich nach dem üblichen IPR-Prüfschema<sup>51</sup>.

<sup>42</sup> Im Hinblick auf die Schranken der kollisionsrechtlichen Partiautonomie vgl. Ferid, aaO, § 6–23 ff; Neuhaus, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976, S. 258 f; Gammillscheg, AcP 1957 S. 303, 312 f; Simitis, JuS 1966 S. 209, 211 f; Soergel/Kegel, Rdnr. 228 vor Art. 7 EGBGB

<sup>43</sup> hierzu Soergel/Kegel, Rdnr. 51 ff vor Art. 7 EGBGB; Ferid, aaO, § 3–158 ff

<sup>44</sup> so Landfermann, RIW/AWD 1977, S. 445, 447 f

<sup>45</sup> hierzu Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 9 Rdnr. 7

<sup>46</sup> so Palandt/Heinrichs, § 10 Anm. 8 b; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 10 Nr. 8 Rdnr. 9; Dittmann/Stahl, Rdnr. 329; Schlosser, § 10 Nr. 8 Rdnr. 6; Schmidt-Salzer, F 956; a. M. Landfermann, aaO, S. 447; Brandner, § 10 Nr. 8 Rdnr. 14; Koch/Stübing, § 10 Nr. 8 Rdnr. 20

<sup>47</sup> Geimer, Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile, Bielefeld 1966, S. 111 ff m. w. N.

<sup>48</sup> EuGH, NJW 1977 S. 489; EuGH, NJW 1977 S. 494; EuGH, NJW 1977 S. 495; Schlosser, NJW 1977 S. 457 ff

<sup>49</sup> vgl. Fußnote 15 und 16

<sup>50</sup> vgl. Fußnote 17 und Fußnote 18

<sup>51</sup> vgl. Fußnote 25–30

### a) Die Anwendung der Einheitlichen Kaufgesetze

Nicht anwendbar ist § 12 AGB-Gesetz, sofern die Vorschriften der Einheitlichen Kaufgesetze (EKG und EAG) zur Anwendung berufen sind<sup>52</sup>. Diese Fälle sind zwar nicht unbedingt sehr häufig, weil die Tendenz erkennbar dahin geht, die Bestimmungen der Einheitlichen Kaufgesetze ausdrücklich abzubedingen<sup>53</sup>, was auch stillschweigend geschehen kann<sup>54</sup>. Dennoch kann es in praktischen Fällen zu schwierigen Kollisionsfragen zwischen den Vorschriften des EKG einerseits und denen des AGB-Gesetzes andererseits kommen. Indessen setzt § 12 AGB-Gesetz allemal voraus, daß der jeweilige AGB-Vertrag ausländischem Recht oder dem Recht der DDR unterliegt — eine Voraussetzung, die ersichtlich dann ausscheidet, wenn die Bestimmungen des EKG zur Anwendung berufen sind, weil diese Bestimmungen ja deutsches Recht sind<sup>55</sup>. Problematisch bleibt freilich, inwieweit bei grundsätzlicher Anwendung der Bestimmungen des EKG auf die Vorschriften des AGB-Gesetzes zurückgegriffen werden kann. Dabei ergibt sich folgendes Bild: Soweit die Einbeziehungsvoraussetzungen von AGB-Klauseln in Rede stehen, gehen die Bestimmungen des EAG vor<sup>56</sup>. Soweit jedoch die Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln zur Prüfung ansteht, wird man im Ergebnis die §§ 8 ff AGB-Gesetz — trotz Anwendbarkeit von § 12 AGB-Gesetz — anwenden können<sup>57</sup>. Entscheidend ist dabei, daß Art. 8 Satz 2 EKG keinen Regelungsanspruch für die Fragen vorsieht, welche die Gültigkeit des Vertrages oder der in diesem enthaltenen Bestimmungen betreffen<sup>58</sup>. Daher liegt insoweit keine Gesetzeslücke vor, die dazu führen würde, gem. Art. 17 EKG für den Bereich der Einheitlichen Kaufgesetze übereinstimmende Standards richterlicher Inhaltskontrolle zu entwickeln<sup>59</sup>, sondern es ist vielmehr auf nationales Recht — und damit auf die Bestimmungen der §§ 8 ff AGB-Gesetz — zurückzugreifen, was im übrigen auch im Hinblick auf die Wirksamkeitsgrenzen von Freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln anerkannt ist<sup>60</sup>. Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird auch durch Art. 5 Abs. 2 EKG unterstrichen, da das EKG die zwingenden Bestimmungen des nationalen Rechts zum Schutz des Abzahlungskäufers nicht berührt<sup>61</sup>. Denn bei Schaffung des EKG stand der Verbraucherschutz noch nicht in voller Blüte; die Erwähnung der Ausnahme für das Abzahlungsgeschäft ist daher historisch bedingt und gerechtfertigt, verleitet aber nicht — ungeachtet des Charakters dieser Regelung als Ausnahmetatbestand — ein weiterreichendes Ergebnis im Hinblick auf den Schutz des AGB-unterworfenen Kunden durch die Bestimmungen des AGB-Gesetzes. Im Fall einer unwirksamen AGB-Klausel gilt deshalb auch — selbst bei Anwendung der Bestimmungen des EKG im übrigen — § 6 AGB-Gesetz<sup>62</sup>.

### b) Die Verflechtung von § 12 und § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz

§ 12 AGB-Gesetz ist allerdings dann anzuwenden, wenn ein „anerkanntes Interesse“ im Sinn von § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz vorliegt, weil, wie gezeigt, eine enge Verflechtung zwischen beiden Verbotstatbeständen besteht. Dies gilt freilich nur für Fälle der realen Wahl eines fremden Rechts aufgrund einer Parteivereinbarung, nicht aber in den

Fällen, in denen ein fremdes Schuldstatut deswegen gewählt wird, weil an den hypothetischen Parteiwillen angeknüpft oder das maßgebliche Recht durch Ermittlung des Erfüllungsorts gem. § 269 BGB gefunden wird. Insoweit fehlt es nämlich am Tatbestandsmerkmal des §§ 10 Nr. 8 AGB-Gesetz: Der „Vereinbarung“ eines fremden Rechts.

### c) Weitere Voraussetzungen des § 12 AGB-Gesetz

Ist festgestellt, daß der Vertrag ausländischem Recht oder dem Recht der DDR unterliegt, so ist weiter zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 12 Ziff. 1 und 2 kumulativ gegeben sind, was im praktischen Fall kaum jemals ernsthafte Schwierigkeiten bereiten dürfte. Die Tatbestandsmerkmale sind insoweit ausreichend klar umschrieben: Erforderlich ist, daß der AGB-Verwender im Geltungsbereich dieses Gesetzes öffentliche Angebote unterbreitet oder öffentliche Werbung getrieben hat oder ähnliche Umstände gesetzt hat, die geeignet sind, einen AGB-Vertrag auf diese Weise zustande kommen zu lassen. Gemäß Ziff. 2 muß aber auch der Kunde bei Abgabe der Offerte oder der Annahmeerklärung seinen Wohnsitz oder einen gewöhnlichen Aufenthaltsort im Inland haben und auch die entsprechende Willenserklärung — gleichgültig, ob mündlich oder schriftlich — im Inland abgegeben haben.

### d) Das Tatbestandsmerkmal „zu berücksichtigen“ in § 12 AGB-Gesetz

Die Rechtsfolge von § 12 AGB-Gesetz ist sodann, daß die Bestimmungen des AGB-Gesetzes „zu berücksichtigen“ sind. Zutreffend erscheint es, dieses Tatbestandsmerkmal mit seinem vorwiegend negativen Charakter — es wehrt fremdes Recht im Interesse des sozial Schwächeren ab — dem ordre public zuzuordnen<sup>63</sup>. Danach ist es erforderlich, in jedem Einzelfall — was schwierig genug sein wird — zunächst die materiell-rechtlichen Auswirkungen des nach fremdem Recht ausgerichteten Vertrages zu untersuchen und diese jeweils mit den Ergebnissen zu vergleichen, die sich dann ergeben würden, wäre deutsches Recht — und damit die Bestimmungen

<sup>52</sup> Schlosser, § 2 Rdnr. 3; Koch/Stübing, § 2 Rdnr. 5; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 12 Rdnr. 4 f

<sup>53</sup> hierzu Magnus, NJW 1977 S. 2000 ff; vgl. auch Mertens/Rehlinger, Internationales Kaufrecht, Frankfurt 1975, Art. 1 EAG, Anm. 10

<sup>54</sup> LG Landshut, NJW 1977 S. 2033; sehr weitgehend auch Hausmann, RIW/AWD 1977 S. 186 ff; vgl. auch Schiedsspruch der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage, RIW/AWD 1978, S. 335 m. Anm. von Magnus; OLG München, RIW/AWD 1978 S. 341; LG München, RIW/AWD 1977 S. 647

<sup>55</sup> BGBI. 1973 I S. 868

<sup>56</sup> Drobnig, aaO, S. 612 ff; Nöhrenberg, NJW 1978 S. 1082, 1083 f; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Anh. zu § 2 Rdnr. 15

<sup>57</sup> Schlosser, § 12 Rdnr. 3; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 12 Rdnr. 5

<sup>58</sup> Dölle/Stoll, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, München 1976, Art. 74 Rdnr. 143

<sup>59</sup> Dölle/Stoll, aaO, Art. 74 Rdnr. 144

<sup>60</sup> Tilling, RabelsZ 32 S. 258, 280 f; Schlechtriem, in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, Karlsruhe 1973, S. 72

<sup>61</sup> Dölle/Herber, aaO, Art. 5 Anm. 19, wonach eine analoge Anwendung von Art. 5 Abs. 2 EKG auf die Bestimmungen des AGB-Gesetzes aus dogmatischen Gründen sich verbietet.

<sup>62</sup> Schlosser, aaO

<sup>63</sup> Koch/Stübing, § 12 Rdnr. 10; Palandt/Heinrichs, § 12 Anm. 3; Jayme, aaO, S. 120; Staudinger/Finking, vor Artikel 12 EGBGB Rdnr. 382; Schmidt-Salzer, F 261; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 12 Rdnr. 10; Schlosser, § 12 Rdnr. 8; so auch wohl im Ergebnis Brandner, § 12 Rdnr. 10; auch Sonnenberger, obwohl nicht eindeutig, vgl. S. 386, 399 f

des AGB-Gesetzes — anwendbar<sup>64</sup>. Maßgebende Richtschnur ist insoweit, ob die Bestimmungen des ausländischen Rechts einen äquivalenten Schutz des AGB-unterworfenen inländischen Kunden sicherstellen<sup>65</sup>. Trifft dies zu, dann bedarf es keines Rückgriffs auf die Vorschriften des AGB-Gesetzes; diese bleiben dann außer Betracht. Soweit aber kein derartiger äquivalenter Schutz des AGB-unterworfenen Kunden aufgrund einer hypothetischen Anwendung der Bestimmungen des AGB-Gesetzes erreicht wird, sind diese gleichwohl „zu berücksichtigen“, soweit die Ergebnisse der Anwendung fremder Rechte korrigiert werden müssen<sup>66</sup>. Mit anderen Worten: § 12 AGB-Gesetz sichert zugunsten des AGB-unterworfenen inländischen Kunden Mindeststandards bei der Verwendung von AGB-Klauseln.

Abzulehnen ist deshalb die Ansicht, wonach der Schutz des AGB-unterworfenen Kunden aufgrund des ausländischen Schuldstatuts zwar weniger, nicht aber weitergehen soll als derjenige, welche durch die Bestimmungen des AGB-Gesetzes realisiert wird<sup>67</sup>. Denn damit wird der überragende Schutzgedanke des AGB-Gesetzes — ausgeprägt in seinem ordre public-Gehalt — verkannt. Abzulehnen ist aber auch die Meinung, wonach auf die einschlägigen Bestimmungen des ausländischen Schuldstatuts im Sinn einer Inhaltskontrolle zurückzugreifen ist<sup>68</sup> — und zwar mit der Folge, daß die Maßstäbe der richterlichen Inhaltskontrolle gem. §§ 8 ff AGB-Gesetz nicht den Bestimmungen des deutschen Rechts, sondern denen des anwendbaren Schuldstatuts zu entnehmen sind<sup>69</sup>. Denn auch diese Auffassung verfehlt den Schutzzweck des §§ 12 AGB-Gesetz, auf Basis des deutschen Rechts — im Rahmen eines spezifischen ordre public-Vorbehalts — deutsches Recht zur Sicherung eines Mindeststandards vor unangemessenen AGB-Klauseln zur Anwendung zu bringen.

#### e) Die Systematik des Rechtsanwendungsvergleichs

Damit stellt sich die maßgebende Frage: Wie ist in dogmatisch-systematisch einwandfreier Weise der Schutzzweck des § 12 AGB-Gesetz für den Fall zu realisieren, daß der auf den Einzelfall bezogene Rechtsanwendungsvergleich — Rechtsschutz aufgrund des ausländischen Schuldstatuts verglichen mit dem hypothetischen Schutz aufgrund der Bestimmungen des AGB-Gesetzes — ergibt, daß das ausländische Recht keinen äquivalenten Schutz bereithält? Der zutreffende Ansatzpunkt für die hier in Betracht zu ziehende Lösung liegt darin, dem spezifischen ordre public-Tatbestand des § 12 sowohl eine negative, d. h. ausländisches Recht abwehrende, als auch eine positive Funktion zuzusprechen, so daß insoweit die Bestimmungen des AGB-Gesetzes auf Basis des deutschen Rechts zum Zuge kommen<sup>70</sup>. Daß ordre public-Klauseln derartige negative wie positive Funktionen haben, ist im übrigen seit langem anerkannt; diese Doppelfunktion macht gerade das Wesensmerkmal derartiger Vorbehaltsklauseln aus. Demnach ist folgendes Vorgehen angezeigt:

— Ergibt sich, daß das ausländische Schuldstatut — nach Vollziehung des Rechtsanwendungsvergleichs — dem AGB-unterworfenen Kunden keinen äquivalenten Schutz vor unangemessenen

AGB-Klauseln verschafft, dann ist im Hinblick auf die jeweilige, dem AGB-unterworfenen Kunden nachteilige Klausel des § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz als Folge der Unwirksamkeitssanktionen im Bereich der Verbotstatbestände der §§ 9—11 AGB-Gesetz anzuwenden. Das dann in Betracht zu ziehende dispositive Recht ist freilich primär das ausländische Schuldstatut<sup>71</sup>; die dispositiven Normen dieses Rechts sind also danach zu befragen, ob sie zugunsten des AGB-unterworfenen Kunden einen äquivalenten Schutz sicherstellen. Ein Beispiel<sup>72</sup>: Ist in einem deutsch-italienischen Vertrag die Gewährleistungsfrist gegenüber einem Nicht-Kaufmann entgegen dem Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10 lit. f AGB-Gesetz auf drei Monate verkürzt, dann ist zunächst zu prüfen welchen Schutz die entsprechende Gewährleistungsnorm des italienischen Rechts zur Verfügung stellt. Gemäß Art. 1495 Abs. 3 C.c. beträgt die Gewährleistungsfrist 12 Monate. Dies reicht — verglichen mit dem Standard von § 477 BGB — aus. Deshalb bedarf es in diesem Fall keines Rückgriffs auf eine unmittelbare Anwendung von § 477 BGB als Mindeststandard.

— Anders ist die Beurteilung jedoch dann, wenn die Lückenfüllung gem. § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz zur Anwendung einer dispositiven ausländischen Norm führt, deren Schutz weniger weit reicht als der entsprechende Schutz der Normen des deutschen Privatrechts. Dann muß sich die positive Funktion des in § 12 verkörperten ordre public-Tatbestandes realisieren: Die Bestimmungen des AGB-Gesetzes sind dann, notfalls unter Rückgriff auf das dispositive deutsche Recht — als Ersatz für die verdrängten Bestimmungen des ausländischen Schuldstatuts — anzuwenden, um den dem Gesetzeszweck entsprechenden Mindeststandard zu sichern<sup>73</sup>.

Kein Zweifel, dieser Weg ist im praktischen Vollzug äußerst schwierig<sup>74</sup>. Und es ist auch sicherlich richtig, daß § 12 AGB-Gesetz die Gerichte dazu verführen wird, dem Trend des „Heimwärtsstrebens“ in noch stärkerem Maß nachzugeben<sup>75</sup>. Doch erscheint der hier vorgeschlagene Weg letzten Endes doch noch praktikabler zu sein, als wenn man den deutschen Richter gem. § 12 AGB-Gesetz dazu verpflichten würde, „dem Geist dieses Gesetzes (des AGB-Gesetzes) entsprechend, Normen zu entwerfen, die der Gesetzgeber des Vertragsstatuts hätte formulieren müssen, um einen dem deutschen Recht äquivalenten Schutz gegenüber AGB zu erzielen“. Im Rahmen der

<sup>64</sup> Schmidt-Salzer, F 258 ff; Palandt/Heinrichs, § 12 Anm. 3; Koch/Stübing, § 12 Rdnr. 11; Brandner, § 12 Rdnr. 10; Löwe/Graf von Westphal/Trinkner, § 12 Rdnr. 10; Stein, § 12 Rdnr. 6

<sup>65</sup> so ausdrücklich Reg.E. Begr. in BT-Drucks. 7/3919 S. 41

<sup>66</sup> vgl. auch Dittmann/Stahl, Rdnr. 632

<sup>67</sup> Kegel, IPR, S. 297

<sup>68</sup> Reichert-Facilides, VersR 1978 S. 481, 483

<sup>69</sup> so wohl auch im Ergebnis Sonnenberger, aaO, S. 394

<sup>70</sup> zu den allgemeinen Funktionen des ordre public vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, S. 364 ff.

<sup>71</sup> Jayme, aaO, S. 120 f; Reichert/Facilides, aaO

<sup>72</sup> vgl. Jayme, aaO, S. 121

<sup>73</sup> Schmidt-Salzer, F 260; Palandt/Heinrichs, aaO; Landfermann, RIW/AWD 1977 S. 445, 449; a. M. Reichert-Facilides, aaO; so auch wohl Jayme, aaO

<sup>74</sup> Sonnenberger, aaO S. 392 ff

<sup>75</sup> Schmidt-Salzer, aaO

materiell-rechtlichen Angleichung<sup>76</sup>, die ersichtlich von § 12 AGB-Gesetz gefordert wird, ist zwar dieser Weg systematisch kaum zu beanstanden; allein, er ist nur dann gangbar, wenn es dem deutschen Richter gelänge, sich so sehr in Begriffe und System des ausländischen Rechts hineinzudenken, daß er an die Stelle des ausländischen Gesetzgebers tritt. Dies aber überfordert nahezu jeden Richter. Daher ist — schon im Interesse einer aus Gerechtigkeitsgründen gebotenen raschen Sachentscheidung — dem hier vertretenen Lösungsansatz der Vorzug zu geben: Wie Schmidt-Salzer zutreffend formuliert<sup>77</sup>, bedingt § 12 AGB-Gesetz, daß „die materiell rechtlichen Normen des AGB-Gesetzes als Inhalt des ausländischen Zivilrechts“ aufgefaßt werden — mit der Folge, daß ausländische Schuldstatut, soweit es keinen äquivalenten Schutz verbirgt, „in dieser gestutzten Form anzuwenden“ ist<sup>78</sup>.

#### f) Die zu berücksichtigenden Vorschriften des AGB-Gesetzes

Schließlich stellt sich die Frage, ob im Bereich von § 12 AGB-Gesetz die Bestimmungen des AGB-Gesetzes unterschiedslos zu „berücksichtigen“ sind. Dies entspricht zwar der Meinung in der Literatur<sup>79</sup>, doch erscheint es erforderlich, in diesem Zusammenhang eine wesentliche, sich aus der Einordnung von § 12 AGB-Gesetz als spezifischer ordre public-Tatbestand ergebende Differenzierung vorzunehmen. Bei der auf den jeweiligen Einzelfall abstellenden hypothetischen Parallelwertung ist auf jeden Fall von § 1 Abs. (1) AGB-Gesetz auszugehen, um überhaupt festzustellen, daß es sich im Einzelfall um AGB-Klauseln im Sinn dieser Definition handelt<sup>80</sup>. Ebenfalls ist § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz insoweit zu berücksichtigen, weil ja die Bestimmungen des AGB-Gesetzes dann überhaupt ausscheiden, wenn eine individualvertragliche Vereinbarung im Sinn dieser Bestimmung vorliegt. Nicht anzuwenden ist § 2 AGB-Gesetz. Vielmehr müssen die Voraussetzungen einer wirksamen Einbeziehung bereits unmittelbar bei der Prüfung der Frage untersucht werden, ob überhaupt der Tatbestand von § 12 Nr. 1 und Nr. 2 AGB-Gesetz gegeben ist. Denn aufgrund der hier vertretenen Auffassung zur Sonderanknüpfung im Rahmen des vorkonsensualen Verhaltens ergibt sich, daß zugunsten des inländischen Kunden (vgl. Ziff. 2) an dessen Heimat- bzw. Umweltrecht — sofern kein gegenseitiger Vertrauenstatbestand vorliegt<sup>80a</sup> — anzuknüpfen ist, so daß insoweit auch die Voraussetzung von § 2 AGB-Gesetz zugunsten des inländischen Kunden gelten<sup>81</sup>. Denn ein Vertrag „unterliegt“ nur dann ausländischem Recht, wenn — wie gezeigt — der Verweisungsvertrag wirksam zustande gekommen ist. In bezug auf § 3 AGB-Gesetz ist zutreffend festgestellt worden, daß diese Bestimmung sich in weiten Bereichen mit den Verbotstatbeständen der §§ 9 ff AGB-Gesetz überlappt. Folglich zielt diese Bestimmung primär auf den Schutz des AGB-unterworfenen Kunden, indem sie diesen vor überraschenden und ungewöhnlichen Klauseln schützt, so daß sie als Mindeststandard gem. § 12 AGB-Gesetz zu berücksichtigen ist.

Dies gilt freilich nicht für § 4 AGB-Gesetz; denn diese Bestimmung hat in erster Linie dogmatisch-systematische Funktion: sie verschafft der Indivi-

dualabrede Vorrang vor AGB-Klauseln, die hierzu im mittelbaren oder unmittelbaren Widerspruch stehen<sup>82</sup>. In vielen Fällen ist freilich Gesetzeskonkurrenz zu den Verbotstatbeständen der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz zu konstatieren<sup>83</sup>. Soweit dies der Fall ist, reicht es aus, wenn im Rahmen von § 12 AGB-Gesetz auf jene Verbotstatbestände zurückgegriffen wird. Zu berücksichtigen ist indessen allemal die in § 5 AGB-Gesetz niedergelegte Unklarheitenregel, weil in ihr das Prinzip der objektiven Auslegung ebenso verankert ist wie das Restriktionsprinzip<sup>84</sup>; beides sind unverzichtbare Instrumentarien zur wirksamen Kontrolle vor AGB-Klauseln. Daß § 6 AGB-Gesetz im Rahmen von § 12 AGB-Gesetz Anwendung findet, wurde bereits weiter oben dargelegt — freilich mit der Besonderheit, daß gem. § 6 Abs. (2) AGB-Gesetz primär ausländisches Schuldstatut zur Anwendung gelangt<sup>85</sup>. § 7 AGB-Gesetz dient uneingeschränkt dem Schutz des AGB-unterworfenen Kunden, so daß diese Bestimmung im Bereich von § 12 AGB-Gesetz Platz greift. Ohne Bedenken gilt dies auch — wie beispielhaft gezeigt — für die Bestimmungen der richterlichen Inhaltskontrolle gem. §§ 8 ff AGB-Gesetz. Die Verfahrensvorschriften der §§ 13 ff AGB-Gesetz sind indessen nicht gem. § 12 AGB-Gesetz zu berücksichtigen, weil sie primär prozessualen Charakter haben. Für sie gilt gem. § 14 Abs. (1) AGB-Gesetz, daß sie dann zur Anwendung gelangen, sofern der AGB-Verwender — vgl. § 14 Abs. (1) Satz 2 AGB-Gesetz — unwirksame AGB-Klauseln im Inland verwendet. Dies ist — mangels eines Gerichtsstandes gem. § 14 Abs. (1) Satz 1 AGB-Gesetz — ausreichender Anknüpfungspunkt, um einen Gerichtsstand zu begründen. Bei Klagen gegen ausländische AGB-Verwender ist deshalb allein entscheidend, inwieweit sie gegenüber inländischen AGB-Kunden AGB verwenden, die dem Mindeststandard der §§ 8 ff AGB-Gesetz entsprechen<sup>86</sup>. Fehlt es indessen an einem inländischen Gerichtsstand gem. § 14 Abs. (1) AGB-Gesetz gegenüber einem ausländischen AGB-Verwender, weil z. B. die Voraussetzung von Ziff. 1 und Ziff. 2 des § 12 AGB-Gesetz nicht erfüllt sind, dann bleibt lediglich die Möglichkeit, die getroffene Rechtswahlklausel gem. § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz wegen fehlenden „anerkenntniswerten Interesses“ zu bekämpfen. Mangels eines Gerichtsstandes im Sinn des § 14 Abs. (1) AGB-Gesetz ist dies aber lediglich im Rahmen eines Individual-Prozesses, nicht aber im Rahmen einer Verbandsklage möglich, weil der gem. § 14 AGB-Gesetz

<sup>76</sup> hierzu Neuhaus, aaO, S. 356 ff; hinsichtlich des Meinungsstandes vgl. Raape/Sturm, Internationales Privatrecht, Band I, 6. Aufl., München 1977, S. 261 ff

<sup>77</sup> Schmidt-Salzer, aaO

<sup>78</sup> ebenda

<sup>79</sup> Schlosser, § 12 Rdnr. 1; Koch/Stübing, § 12 Rdnr. 11

<sup>80</sup> Brandner, § 12 Rdnr. 11

<sup>80a</sup> hierzu Fußnoten 23a bis 23d

<sup>81</sup> Brandner, aaO

<sup>82</sup> im einzelnen Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 4 Rdnrn. 14 ff

<sup>83</sup> Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 4 Rdnr. 12

<sup>84</sup> Koch/Stübing, § 5 Rdnrn. 7 f

<sup>85</sup> Jayme, aaO, S. 121; Brandner, aaO

<sup>86</sup> Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 13 Rdnr. 33; die Möglichkeit gegen ausländische AGB-Verwender vorzugehen, ergibt sich ausschließlich aus § 14 Abs. (1) AGB-Gesetz, nicht aber, wie Brandner irrtümlich meint, aus der stets möglichen abstrakten Kontrolle von § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz (§ 12 Rdnr. 11); wie hier auch Koch/Stübing, § 12 Rdnr. 13.

vorgesehene Gerichtsstand ausschließlichen Charakter hat. Im Ausland aber scheitert die Anwendung der §§ 13 ff. AGB-Gesetz schon daran, daß für das anzuwendende Prozeßrecht stets die *lex fori* Maß gibt<sup>87</sup>.

#### g) Anwendung von § 12 AGB-Gesetz im Anerkennungsverfahren

Vom Wortlaut und vom Schutzzwecke des § 12 AGB-Gesetz erscheint es geboten, diese Bestimmung auch für die Fälle anzuwenden, in denen ein rechtskräftiges Urteil eines ausländischen Gerichts in Deutschland zur Vollstreckung gebracht werden soll. Qualifiziert man nämlich — wie hier geschehen — § 12 AGB-Gesetz als spezifischen *ordre public*-Tatbestand, so liegt die Parallele zu § 328 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO nahe; gleiches gilt für den *ordre public*-Vorbehalt des Art. 27 Nr. 1 des EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens<sup>88</sup>. Dies aber fordert seine Konsequenzen: Ist nämlich, was die h. M. behauptet, § 12 AGB-Gesetz ein spezifischer *ordre public*-Vorbehalt, dann muß der deutsche Zweitrichter auch — im Interesse des deutschen *ordre public* — eine Überprüfung der ausländischen Entscheidung — sowohl im Hinblick auf das Verfahren als auch im Hinblick auf die Urteilsfindung — vornehmen<sup>89</sup>. Sicherergestellt werden muß also dann im Ergebnis, daß dem inländischen AGB-unterworfenen Kunden der Mindeststandard des AGB-Gesetzes zugute kommt, sofern das ausländische Recht keinen äquivalenten Schutz bietet. Sonnenberger<sup>90</sup> ist dieser Auffassung entgegengetreten: Es sei nicht Aufgabe des deutschen Zweitgerichts, eine „*revision au fond*“ vorzunehmen, und er hat ferner darauf aufmerksam gemacht, „eine direkte Brücke“ spanne sich von § 12 AGB-Gesetz nicht zu § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO bzw. Art. 27 Abs. 1 des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens<sup>91</sup>. Indessen: Im Rahmen des *ordre public*-Vorbehalts von § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO wird nachgerade der Grundsatz durchbrochen, daß ausländische Entscheidungen nicht nachgeprüft werden dürfen; dies dürfte kaum streitig sein<sup>92</sup>. Freilich hat Sonnenberger insoweit recht, als die Voraussetzungen eines Verstoßes gegen den *ordre public* von der bisherigen Rechtsprechung sehr eng gefaßt worden sind<sup>93</sup>, so daß es nur recht schwer einsichtig ist, inwieweit grundsätzlich jedweder Verstoß gegen die Bestimmungen des AGB-Gesetzes — sofern kein äquivalenter Schutz gewährleistet wird — dazu führt, einem entsprechenden ausländischen Urteil unter Berufung auf § 328 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO die Anerkennung zu versagen. Doch diese gewiß vorhandenen Wertungsunterschiede müssen hinter dem Grundanliegen des § 12 AGB-Gesetz zurücktreten; der Intention des Gesetzgebers ist zu entsprechen: Aus der Einordnung des § 12 AGB-Gesetz als spezifischer *ordre public*-Tatbestand ergeben sich daher unweigerliche Folgerungen, welche auch im Anerkennungsverfahren ihren Tribut fordern.

#### 4. Anwendbarkeit von § 12 AGB-Gesetz im kaufmännischen Verkehr

Es entspricht allgemeiner Auffassung<sup>94</sup>, daß § 24 Satz 2 AGB-Gesetz nicht gebietet, unter Berücksichtigung der Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz im kaufmännischen Verkehr zu gleichen Resultaten zu

gelangen, wie sie in § 12 AGB-Gesetz für den nicht-kaufmännischen Bereich zwingend vorgeschrieben sind. Es ist regelmäßig nicht unangemessen im Sinn des § 9 AGB-Gesetz, wenn — bei ausreichendem Auslandsbezug des Sachverhalts — ausländisches Recht zur Anwendung gelangt, sei es aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Parteiabrede, sei es kraft hypothetischer Anknüpfung oder durch Ermittlung des Rechts des Erfüllungsorts gem. § 269 BGB. Denn ein Kaufmann muß damit rechnen, bei grenzüberschreitenden Geschäften mit einer fremden Rechtsordnung konfrontiert zu werden; deren Ergebnisse mögen zwar im Einzelfall nachteiliger sein als der Schutz, den das AGB-Gesetz auch dem Kaufmann zur Verfügung stellt. Doch führt dies regelmäßig nicht zur Anwendung von § 9 AGB-Gesetz, zumal es den Grundsätzen der Parteiautonomie entspricht, neben den dispositiven Vorschriften des gewählten Rechts auch die zwingenden Bestimmungen dieses Rechts zur Anwendung zu berufen<sup>95</sup>. Indessen besagt dies nicht, daß nicht im Einzelfall eine hiervon abweichende Beurteilung am Platz ist, so z. B. wenn ein äußerst marktstarkes ausländisches Unternehmen in seinen Einkaufs- oder Verkaufsbedingungen die Vereinbarung eines ihm besonders günstigen, mit dem Sachverhalt aber nicht in Zusammenhang stehenden Rechts verlangt.

#### a) Verweisung auf ausländisches Recht durch Gerichtsstandsvereinbarungen

Die Vereinbarung ausländischen Rechts geschieht im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr häufig dadurch, daß Gerichtsstandsvereinbarungen klauselmäßig vorgesehen werden<sup>96</sup>. Überwiegend wird die Auffassung vertreten<sup>97</sup>, die Bestimmungen der § 12 ff ZPO enthielten nicht nur einfache Zweckbestimmungen, sondern seien durch erheblichen Gerechtigkeitsgehalt gekennzeichnet. Daraus ableitend wird der Schluß gezogen, auch bei internationalen Gerichtsstandsvereinbarungen sei die Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz im kaufmännischen Verkehr zu berücksichtigen<sup>98</sup>. In Anlehnung an das Erfordernis des „*aner kennenswerten Interesses*“ des § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz bedeutet dies, daß auch Gerichtsstandsvereinbarungen dann gem. § 9 AGB-Gesetz unwirksam sind, wenn das Interesse des Kunden an dem gesetzlichen Gerichtsstand das Interesse des AGB-Verwenders überwiegt<sup>99</sup>; unbeachtlich ist dabei das

<sup>87</sup> statt aller Kegel, IPR, S. 485

<sup>88</sup> Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 12 Rdnr. 12; a. M. Sonnenberger, aaO S. 386 f

<sup>89</sup> statt aller Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, § 328 Anm. VII A Sonnenberger, aaO

<sup>90</sup> Die Berücksichtigung des *ordre public* erfordert keineswegs eine „*revision au fond*“, weil jene voraussetzt, daß der Zweitrichter auch die Tatsachen selbst feststellt, die die Grundlage des Rechtspruchs waren.

<sup>91</sup> im einzelnen Roth, Der Vorbehalt des *ordre public* gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen, Bielefeld 1967, S. 33 ff

<sup>92</sup> vgl. Stein/Jonas/Schumann/Leipold, aaO, § 328 Anm. VII, B f

<sup>93</sup> Brandner, § 12 Rdnr. 12; Koch/Stübing, § 12 Rdnr. 12; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 12 Rdnr. 14; Stein, § 12 Rdnr. 7; Schlosser, § 12 Rdnr. 1

<sup>94</sup> Reithmann/Martiny, aaO, Rdnr. 17

<sup>95</sup> Reithmann/Martiny, aaO, Rdnrn. 29 f

<sup>96</sup> Brandner, Anhang zu §§ 9–11, Rdnr. 400; Schmidt-Salzer, F 243; Graba, § 9 Rdnrn. 83 ff

<sup>97</sup> so auch Landfermann, RIW/AWD 1977 S. 445, 448

<sup>98</sup> Brandner, aaO, Rdnr. 401

Interesse des AGB-Verwenders an einer bequemen und rationellen Prozeßführung, die an dem für ihn maßgebenden Gerichtsstand konzentriert ist<sup>100</sup>. Dieser Auffassung kann jedoch aus zwei Gründen nicht gefolgt werden:

aa) Einigkeit besteht nämlich darin, daß — wie bereits kurz aufgezeigt — § 12 AGB-Gesetz im kaufmännischen Verkehr praktisch keine Bedeutung besitzt<sup>101</sup>. Demnach wird die Unterstellung eines Vertrages unter eine ausländische Rechtsordnung im kaufmännischen Verkehr grundsätzlich nicht nach § 9 AGB-Gesetz beanstandet. Für die Vereinbarung eines ausländischen Gerichtsstandes kann jedoch dann grundsätzlich nichts anderes gelten, wenn aufgrund dieser Gerichtsstandsvereinbarung — sei es im Wege stillschweigender Rechtswahl<sup>102</sup> oder kraft Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen<sup>103</sup> — diese das auf den Vertrag anzuwendende Recht indiziert. Dies wird aber regelmäßig der Fall sein, so daß es auf die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung gem. § 9 AGB-Gesetz überhaupt nur dann ankommt, wenn zwar ein ausländischer Gerichtsstand vorgesehen, dessen ungeachtet aber die Maßgeblichkeit des AGB-Gesetzes vereinbart ist<sup>104</sup>. Diese Fälle aber reduzieren sich praktisch auf ein akademisches Problem, weil jeder AGB-Verwender nicht nur ein Interesse daran hat, einen ihm genehmen Gerichtsstand zu vereinbaren, sondern auch ein ihm bekanntes Recht vorzusehen.

Dies gilt selbst dann, wenn man berücksichtigt, daß die h. M. — durchaus folgerichtig — auch für eine internationale Gerichtsstandsvereinbarung in AGB ein besonderes anerkanntes Interesse verlangt<sup>105</sup>. Doch hilft dies auch dann nur weiter, wenn — wie gesagt — im übrigen deutsches Recht zur Anwendung berufen wird, ein fast nie eintretender Fall.

bb) Noch entscheidender als Gegenargument ist indessen, daß damit im Ergebnis, was nicht gewollt sein kann, auch eine kollisionsrechtliche Neubewertung der Indizwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen vorgenommen wird. Bislang ging die Rechtsprechung davon aus, daß eine Gerichtsstandsvereinbarung ein ganz wesentliches Indiz dafür ist, daß das für zuständig erklärte Gericht auch sein eigenes Recht anwenden soll. Die Analyse der Rechtsprechung belegt dabei, daß zum einen die Gerichtsstandsvereinbarung lediglich ein Indiz unter mehreren anderen ist, welches mangels ausdrücklicher Rechtswahl zur Ermittlung des anzuwendenden Rechts herangezogen wird; zum anderen bestätigt die bisherige Judikatur aber auch, daß die Grenzen zwischen stillschweigender Rechtswahl einerseits und dem Anknüpfen an den hypothetischen Parteiwillen andererseits mehr als fließend sind<sup>106</sup>. Die Bejahung eines stillschweigenden Parteiwillens geschieht nämlich stets aufgrund der Wertung von Einzelfällen<sup>107</sup>, wozu z. B. auch die Verwendung bestimmter AGB-Formulare zählt<sup>108</sup>, sofern diese auf ein bestimmtes Recht — was regelmäßig der Fall sein dürfte — hingebunden sind. Kollisionsrechtlich betrachtet bedeutet aber dies: Internationale Gerichts-

standsvereinbarungen liefern — losgelöst von irgendwelchen Interessenerwägungen außerhalb des Erfordernisses einer ausreichenden Auslandsberührung des Sachverhalts — selbst dann für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ein ganz wesentliches Indiz und zwar selbst dann, wenn sie lediglich klauselmäßig verankert sind. Diese gesicherten Ergebnisse der bisherigen Judikatur müßten aber weitestgehend umgestoßen werden, wenn man — der h. M. folgend — Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten zunächst kollisionsrechtlich und danach gem. § 9 AGB-Gesetz jetzt mit der Elle eines besonderen anerkannteswertes Interesses mißt. Das aber kann schon deswegen nicht zutreffend sein, weil — wie aufgezeigt — selbst § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz überhaupt nur die Fälle der realen Rechtswahl zum Gegenstand hat, nicht aber diejenigen in denen das anzuwendende Recht sich aus der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens oder kraft Anknüpfens an den Erfüllungsort gem. § 269 BGB ergibt mit der Folge, daß in diesen Fällen dogmatisch wegen der Spezialität von § 10 Nr. 8 AGB-Gesetz der Rückgriff auf § 9 AGB-Gesetz verboten ist. Dieses Resultat gilt auch für den kaufmännischen Verkehr.

#### b) Anwendbarkeit des § 9 AGB-Gesetz auf ausländische Gerichtsstandsklauseln

Im Ergebnis muß es also ausreichen, wenn zwischen Vollkaufleuten die besonderen Formerfordernisse von § 38 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 17 EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens eingehalten sind<sup>109</sup>; weist dann der zu regelnde Sachverhalt ausreichende Auslandsberührung auf, so ist die Rechtswahl weder kollisionsrechtlich noch nach § 9 AGB-Gesetz zu beanstanden. Etwas anderes kann nur in den Fällen gelten, in denen ein Minderkaufmann mit einem ausländischen Gerichtsstand konfrontiert wird, weil insoweit § 38 Abs. 2 ZPO zu beachten ist<sup>110</sup>: Im Bereich des Art. 17 des EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens ist der Rückgriff auf § 38 Abs. 2 ZPO jedoch nicht statthaft<sup>111</sup>, und es besteht kein triftiger Grund, den sozial schwächeren Vertragspartner — wie in § 38 Abs. 2 ZPO vorgesehen — auch im Rahmen von Art. 17 EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen entsprechend zu schützen. Doch besagt dies nicht, daß gegenüber einem Minderkaufmann nicht im Einzelfall im Bereich der §§ 38—40 ZPO auf die Spezialnorm des § 9 AGB-Gesetz zurück-

<sup>100</sup> Landfermann, aaO; Graba, § 9 Rdnr. 88

<sup>101</sup> vgl. Fußnote 94

<sup>102</sup> Nachweise bei Reithmann/Martiny, aaO, Rdnr. 29 f

<sup>103</sup> Rechtsprechungsübersicht bei Staudinger/Firsching, Vorbem. 351 ff vor Art. 12 EGBGB.

<sup>104</sup> Brandner, aaO, Rdnr. 400

<sup>105</sup> vgl. Fußnote 97 ff

<sup>106</sup> Rechtsprechungsübersicht bei Staudinger/Firsching, Vorbem. 313 ff vor Art. 12 EGBGB

<sup>107</sup> vgl. Reithmann/Martiny, aaO, Rdnrn. 26 ff

<sup>108</sup> BGH, JZ 1963 S. 167; BGH, AWD 1970 S. 31; BGH, AWD 1967 S. 267

<sup>109</sup> vgl. Fußnote 48

<sup>110</sup> hierzu Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 9 Rdnr. 95

<sup>111</sup> so aber Baumgärtel, FS für Kegel, S. 85, 296 ff

gegriffen werden kann, weil diese Bestimmungen die Inhaltskontrolle von Gerichtsstandsklauseln gem. § 9 AGB-Gesetz nicht überflüssig machen<sup>112</sup>. Auch dieses Problem kommt indessen nur dann zum Tragen, wenn deutsches Recht — und damit § 9 AGB-Gesetz — zum Zug kommt, was voraussetzt, daß neben der ausländischen Gerichtsstandsklausel

eine auf deutsches Recht zielende Rechtswahlklausel vorgesehen ist — ein praktisch auch gegenüber einem Minderkaufmann wohl nie oder doch so gut wie nie vorkommender Fall.

---

<sup>112</sup> siehe Fußnote 110