

ALEXANDER GEBELE

Die Konvention von Mexiko

Eine Perspektive für die Reform des europäischen Schuldvertragsübereinkommens



Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com

Bd 19

Alexander Gebele Die Konvention von Mexiko

19

Juristische Reihe
TENEA / www.jurawelt.com



TENEA

Mit der Interamerikanischen Konvention über das auf internationale Schuldverträge anwendbare Recht von 1994 (Konvention von Mexiko) hat die Organisation Amerikanischer Staaten ein in vielfacher Hinsicht innovatives Dokument vorgelegt, welches in seiner Entstehung zwar stark von dem Römischen EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht von 1980 (EVÜ) beeinflusst worden ist, oftmals aber eigenständige Wege beschreitet. Dazu zählen nicht nur die Ablehnung des Konzepts der »charakteristischen Leistung«, sondern auch die sehr weitgehenden Möglichkeiten der Heranziehung nationalen Rechts – wie der UNIDROIT-Prinzipien und der *lex mercatoria* –, sowie die vorgeschriebene Zukunftsgerichtetheit der Konventionsauslegung.

Anlässlich der anstehenden Überführung des EVÜ in eine europäische Verordnung auf Grundlage des Art. 65 lit. b) EGV beschäftigt sich der Verfasser mit der Frage, ob die neuen Ansätze der Konvention von Mexiko bei einer Reform des EVÜ Beachtung finden sollten.

Alexander W. Gebele

1973 in Düsseldorf geboren; 1993 Abitur in Kaarst; von 1993 bis 1998 Studium der Rechtswissenschaften in Bonn und Genf; 1998 Erstes Staatsexamen; anschließend Studium an der University of San Diego, USA; LL.M. 1999; seit 2000 als Anwalt in New York zugelassen; 1999 bis 2000 neben der Anfertigung der Dissertation Tätigkeit in einer Düsseldorfer Anwaltskanzlei; seit 2001 Rechtsreferendar in Hamburg.

TENEA



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]

Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

ALEXANDER GEBELE

Die Konvention von Mexiko
*Eine Perspektive für die Reform des
Europäischen Schuldvertragsübereinkommens?*

TENEA



Alexander Gebele:

Die Konvention von Mexiko
*Eine Perspektive für die Reform des
Europäischen Schuldvertragsübereinkommens?*

(Juristische Reihe TЕНEA/www.jurawelt.com; Bd. 19)

Zugleich Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
Dissertation 2002

© TЕНEA Verlag für Medien
Berlin 2002

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck:

Digital-Print-Service · 10119 Berlin

Bindung:

Buchbinderei Neumann · 13156 Berlin

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TЕНEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2002

ISBN 3-936582-53-X

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn im Wintersemester 2002/2003 als Dissertation angenommen.

Mein aufrichtiger Dank gilt Herrn Prof. Dr. Wulf-Henning Roth für die Anregung des Themas, die stets freundliche Unterstützung sowie für die zügige Erstellung des Erstgutachtens.

Frau Prof. Dr. Dethloff, LL.M. danke ich für das schnelle Verfassen des Zweitgutachtens.

Zu besonderem Dank bin ich meinen Eltern verpflichtet, die mir das Studium und die Promotion ermöglicht haben und mir stets eine bedeutende Stütze waren.

Hamburg, im November 2002

Inhalt

Einleitung	1
1. Teil: Grundlagen der Konventionen	6
A. Entstehungsgeschichte und Zielsetzungen	6
§ 1 Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen.....	6
§ 2 Die Konvention von Mexiko	9
B. Anwendbarkeit der Konventionen.....	14
§ 1 Inkrafttreten und Geltung	14
I. <i>EVÜ</i>	14
II. <i>Konvention von Mexiko</i>	15
§ 2 Sachlicher und Persönlicher Anwendungsbereich	15
I. <i>Sachlicher Anwendungsbereich der Übereinkommen</i>	15
1. <i>Vertragsbegriff der Übereinkommen</i>	16
2. <i>Ausgeschlossene Materien</i>	17
a) <i>Internationales Personenrecht</i>	17
b) <i>Internationales Erb- und Familienrecht</i>	18
c) <i>Internationales Wertpapierrecht</i>	19
d) <i>Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen</i>	22
e) <i>Internationales Gesellschaftsrecht</i>	23
f) <i>Internationales Vertretungsrecht</i>	25
g) <i>Trusts und vergleichbare Institutionen</i>	26
h) <i>Internationales Verfahrens- und Beweisrecht</i>	26
i) <i>Versicherungsverträge</i>	26
II. <i>Besondere Ausschlussmöglichkeiten</i>	27
III. <i>Öffentlich-rechtliche Verträge</i>	29
IV. <i>Zwischenergebnis</i>	30
§ 3 Auslandsbezug und universelle Anwendung.....	30
I. <i>Auslandsbezug in den Übereinkommen</i>	30
1. <i>Auslandsbezug im EVÜ: Art. 1 Abs. 1</i>	31
2. <i>Konvention von Mexiko, Art. 1 Abs. 2</i>	32
a) <i>Der gewöhnliche Aufenthalt oder die Niederlassung; Art. 1 Abs. 2, erste Alternative</i>	33
b) <i>Objektive Verbindungen zu mehreren Vertragsstaaten, Art. 1 Abs. 2, zweite Alternative</i>	35
II. <i>Loi Uniforme</i>	37
§ 4 Zeitlicher Anwendungsbereich	38
§ 5 Subsidiaritätsklauseln	39
I. <i>Subsidiarität gegenüber regional vereinheitlichenden Regelwerken</i>	39
II. <i>Sonstige Subsidiarität</i>	41
§ 6 Vorbehalte	42
I. <i>Art. 22 EVÜ</i>	42
II. <i>Art. 21 Konvention von Mexiko</i>	43
§ 7 Vergleich: Anwendbarkeit	44
C. Auslegung der Übereinkommen	45
§ 1 Allgemeine Auslegungsgrundsätze	45

I.	Die Auslegung des EVÜ.....	45
II.	Institutionalisierung im EVÜ.....	47
III.	Die allgemeine Auslegungsregel der Konvention von Mexiko: Art. 4.....	48
§ 2	Anpassung der Konvention von Mexiko an zukünftige Entwicklungen, Art. 3.....	50
1.	Die Funktion der Norm.....	50
2.	Anwendungsmöglichkeiten.....	51
3.	Die Bedeutung von Art. 3 im System der Konvention.....	53
§ 3	Vorbildfunktion der Konvention von Mexiko ?	54
2. Teil:	Anwendbares Recht	57
D.	Objektive Anknüpfung	57
§ 1	Der Grundsatz beider Übereinkommen: Anwendung des Rechts des Staates, mit dem die engsten Verbindungen bestehen	57
I.	Die Ermittlung der engsten Verbindung.....	58
1.	Art. 4 EVÜ.....	58
a)	Anwendung des Rechts des Staates, mit dem die engste Verbindung besteht.....	59
b)	Die charakteristische Leistung	60
c)	Sonderregelung für Verträge über <i>ius ad rem</i> ; Art. 4 Abs. 3 EVÜ.....	63
d)	Sonderregelung für Güterbeförderungsverträge, Art. 4 Abs. 4 EVÜ.....	64
e)	Ausweichklausel des Abs. 5 EVÜ: Charakteristische Leistung nicht bestimmbar, Widerlegung der Vermutungen.....	65
2.	Art. 9 Konvention von Mexiko	67
a)	Verzicht auf Vermutungen, insb. das Konzept der charakteristischen Leistung.....	67
b)	Der Prozess der Ermittlung der engsten Verbindung	69
aa)	Die objektiven Vertragselemente.....	69
bb)	Die subjektiven Vertragselemente	70
cc)	Die Parallelen zum Restatement, Second	73
dd)	Die Konsequenzen dieses Prozesses der Ermittlung der charakteristischen Leistung.....	75
c)	Die Bedeutung der „allgemeinen Prinzipien des internationalen Handelsrechts“: Art. 9 Abs. 2 S. 2 Konvention von Mexiko.....	76
aa)	Lex Mercatoria	78
bb)	Die UNIDROIT-Prinzipien.....	79
cc)	Die Funktion des Art. 9 Abs. 2 S. 2 Konvention von Mexiko	83
(1)	Art. 9 Abs. 2 S. 2 als Verweisungsnorm	84
(a)	Art. 9 Abs. 2 S. 2 als subsidiäre Verweisungsnorm.....	84
(b)	Art. 9 Abs. 2 S. 2 als alternative Verweisungsnorm	85
(c)	Anwendungsraum des nationalen Rechts bei Verständnis des Art. 9 Abs. 2 S. 2 als eigenständige Verweisungsnorm.....	86
(d)	Lex Mercatoria und UNIDROIT-Prinzipien nur bei internationalen Handelsverträgen.....	88
(2)	Art. 9 Abs. 2 S. 2 als Hilfe zur Ermittlung der engsten Verbindung	89
§ 2	Die Normen, Gewohnheiten und Grundsätze des internationalen Handelsrechts: Art. 10 Konvention von Mexiko.....	90
I.	Normzweck	91
II.	Das Finalitätskriterium.....	92
III.	Weitgehende Funktionsäquivalenz mit Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR.....	93
IV.	Die Funktion des Art. 10 im Verhältnis zu Art. 9 Abs. 2 S. 2	94
V.	Unterschiede im von Art. 10 sowie Art. 9 Abs. 2 S. 2 berufenen Normkreis.....	95
VI.	Verhältnis zum sonst anwendbaren Recht	96
VII.	Art. 10 nur bei internationalen Handelsverträgen.....	96

VIII.	Bedeutung des Art. 10.....	97
§ 3	Dépeçage	97
§ 4	Sonderregelungen für Verbraucher- und Arbeitsverträge im EVÜ	99
I.	Verbraucherverträge, Art. 5 EVÜ.....	99
1.	Persönlicher Anwendungsbereich: Der Verbraucher und sein Gegenüber....	100
2.	Sachlicher Anwendungsbereich: Erfasste Vertragstypen	101
3.	Situative Anwendungsvoraussetzungen.....	102
4.	Anwendbares Recht.....	104
II.	Arbeitsverträge, Art. 6 EVÜ	104
§ 5	Zusammenfassung: Das anwendbare Recht bei objektiver Anknüpfung.....	106
I.	Das anwendbare Recht beim EVÜ.....	106
II.	Das anwendbare Recht bei der Konvention von Mexiko.....	107
III.	Vergleich der unterschiedlichen Lokalisierungsmechanismen.....	108
E.	Parteiautonomie	113
§ 1	Die Grundregeln der Parteiautonomie in den Übereinkommen	114
I.	Art. 3 EVÜ.....	114
II.	Die Grundregel in der Konvention von Mexiko: Art. 7	115
§ 2	Erfordernis einer objektiven Auslandsberührung.....	117
§ 3	Ausübung der Parteiautonomie in den Übereinkommen	117
I.	Die Ausübung der Parteiautonomie im EVÜ.....	117
II.	Ausübung der Parteiautonomie in der Konvention von Mexiko: Art. 7, 8	119
1.	Der Grundsatz: Art. 7 Abs. 1 S. 2.....	119
2.	Bedeutung einer Gerichtsstandsklausel, Art. 7 Abs. 2.....	120
§ 4	Vertragliche Dépeçage	122
§ 5	Zeitpunkt der Rechtswahl	124
I.	Jederzeitige Wahlmöglichkeit.....	124
II.	Eingeschränkte Wirkung nachträglicher Rechtswahl	125
§ 6	Umfang der Parteiautonomie	127
I.	Allgemein zum Umfang der Parteiautonomie, insbesondere Möglichkeit der Wahl einer neutralen Rechtsordnung	127
II.	Beschränkung der Wahl auf staatliches Recht?	129
1.	Vorrang-, Subsidiaritäts- und Gleichstellungstheorie.....	129
2.	Die Lösung des EVÜ.....	130
3.	Anationales Recht als Vertragsstatut bei der Konvention von Mexiko.....	131
a)	Die Argumente aus Artt. 17 und 2 Konvention von Mexiko.....	132
b)	Das Argument aus Art. 11 Konvention von Mexiko	133
c)	Das Argument der EVÜ-kohärenten Auslegung.....	134
d)	Das Argument des inhaltlichen Mangels <i>lex mercatoria</i>	135
e)	Beachtung der Konventionssystematik	135
f)	Bedeutung des Streits bei Wahl der UNIDROIT-Prinzipien	137
III.	Das gewählte Recht und Art. 10 in der Konvention von Mexiko.....	137
§ 7	Wirksamkeit der Rechtswahl.....	138
I.	Art. 3 Abs. 4 EVÜ.....	139
II.	Art. 12 Konvention von Mexiko.....	140
III.	Formelle Wirksamkeit der Rechtswahl	141
IV.	Rechtswahl in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)	142
§ 8	Sonderregelungen in den Übereinkommen.....	143
I.	Binnensachverhalte: Art. 3 Abs. 3 EVÜ	143
II.	Verbraucher- und Arbeitsverträge, Artt. 5 und 6 EVÜ	145
III.	Regelungsmechanismus der Konvention von Mexiko.....	145
§ 9	Vergleich: Parteiautonomie	146

F.	Zwingende Bestimmungen	147
§ 1	Die Systematik der zwingenden Bestimmungen im EVÜ	147
I.	<i>Binnensachverhalte: Art. 3 Abs. 3</i>	148
II.	<i>Sondervorschriften für Verbraucher- und Arbeitsverträge</i>	148
1.	<i>Verbraucherverträge: Art. 5 EVÜ</i>	150
2.	<i>Arbeitsverträge: Art. 6 EVÜ</i>	151
III.	<i>International Zwingende Bestimmungen: Art. 7 EVÜ</i>	151
1.	<i>Begriff und Allgemeines</i>	151
2.	<i>Zwingende Bestimmungen des Forums, Art. 7 Abs. 2 EVÜ</i>	154
3.	<i>Zwingende Bestimmungen eines Drittstaates, Art. 7 Abs. 1 EVÜ</i>	155
IV.	<i>International Zwingende Formvorschriften, insb. Art. 9 Abs. 6 EVÜ</i>	157
V.	<i>Zusammenfassung: Die Systematik der Zwingenden Bestimmungen im EVÜ</i> ...	157
§ 2	Die Systematik der Konvention von Mexiko	158
I.	<i>Einführung</i>	158
II.	<i>Begriffsbestimmung</i>	159
III.	<i>Parallelität mit Art. 7 EVÜ</i>	163
IV.	<i>Verhältnis zu Art. 18 (ordre public)</i>	164
V.	<i>Verhältnis der zwingenden Bestimmungen zu Art. 10</i>	165
VI.	<i>Zusammenfassung: Die Systematik der zwingenden Bestimmungen in der Konvention von Mexiko</i>	165
§ 3	Vergleich der durch die unterschiedlichen Mechanismen der zwingenden Bestimmungen gewährten Schutzintensität.....	166
G.	Reichweite des Vertragsstatuts	169
§ 1	Materielle Wirksamkeit und Zustandekommen des Vertrages.....	169
I.	<i>Die Grundregel zur Einigung und materiellen Wirksamkeit: Anwendung der lex causae</i>	169
II.	<i>Vorbehalt zugunsten des Heimatrechts</i>	170
§ 2	Formelle Wirksamkeit	173
I.	<i>Formelle Wirksamkeit im EVÜ</i>	173
II.	<i>Formelle Wirksamkeit in der Konvention von Mexiko: Art. 13</i>	175
§ 3	Umfang des Vertragsstatuts und spezielle Kollisionsnormen	178
I.	<i>Die Hauptbestimmungen der Übereinkommen</i>	178
1.	<i>Art. 10 EVÜ</i>	178
2.	<i>Art. 14 Konvention von Mexiko</i>	179
II.	<i>International zwingende Normen der lex causae</i>	180
III.	<i>Sonderregelungen</i>	181
1.	<i>Die Art und Weise der Erfüllung: Art. 10 Abs. 2 EVÜ</i>	181
2.	<i>Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit, Art. 11 EVÜ</i>	182
3.	<i>Übertragung von Forderungen, Artt. 12 und 13 EVÜ</i>	183
4.	<i>Der Beweis, Art. 14 EVÜ</i>	185
5.	<i>Die Vertretung, Art. 15 Konvention von Mexiko</i>	187
6.	<i>Publizität internationaler Verträge, Art. 16 Konvention von Mexiko</i>	188
§ 4	Die Reichweite des Vertragsstatuts der Übereinkommen in Vergleich	189
H.	Ordre Public	192
§ 1	Inhalt des Ordre Public	192
§ 2	Negativer Ordre Public.....	192
§ 3	Eingriffsschranke: Offensichtlicher Verstoß.....	193
§ 4	Relativität des Ordre Public	193
§ 5	Folgen eines ordre public Verstoßes.....	194
I.	Sonstiges	195

§ 1	Sachnormverweisung	195
§ 2	Mehrrechtsstaaten	195
§ 3	Schlussvorschriften.....	196
3. Teil: Schluss.....		198
J.	Zusammenfassende Wertung: Bietet die Konvention von Mexiko konkrete Anregungen für die Reform des EVÜ?	198
Anhang I: Die Konvention von Mexiko (englischer Wortlaut)		207
Anhang II: Die Konvention von Mexiko (spanischer Wortlaut)		214
Literatur.....		221
Abkürzungsverzeichnis		248
Lebenslauf		255

Einleitung

Der kontinuierliche Wegfall von Handelsbarrieren sowie Fortschritte in der Kommunikations-, Informations- und Transporttechnologie führen dazu, dass unsere Welt sich zu einem globalen Marktplatz wandelt¹. In dieser von zunehmender wirtschaftlicher Integration und Globalisierung gekennzeichneten Umgebung gewinnt internationales Vertragsrecht stetig an Bedeutung². Unternehmen erwerben Produkte und Dienstleistungen längst nicht mehr allein lokal oder regional sondern immer häufiger weltweit – ein Trend, der durch neue Medien noch verstärkt wird. Insbesondere durch das Internet steigt die Zahl grenzüberschreitender Vertragsschlüsse, nicht nur im geschäftlichen, sondern auch im privaten Bereich in bislang nicht gekanntem Ausmaß. Dabei stellt sich immer dann, wenn ein Vertrag den rein nationalen Bereich verlässt, die Frage nach dem auf diesen Vertrag anwendbaren Recht. Seit dem Mittelalter koexistieren drei grundlegende Methoden zur Bestimmung dieses Rechts³: Zunächst die Schaffung überstaatlicher materieller Normen (der materiellrechtliche – und älteste⁴ – Ansatz); weiter die Auswahl zwischen potenziell anwendbaren materiellrechtlichen Normen aufgrund der Feststellung des persönlichen und territorialen Anwendungsbereichs dieser Normen (der unilaterale Ansatz)⁵ und schließlich die Zwischenschaltung von Kollisionsnormen (der multilaterale Ansatz)⁶.

In jüngerer Zeit kann eine Entwicklung weg von starren Kollisionsnormen, hin zu einer Wiederbelebung des Unilateralismus – beobachtet werden und auch die Möglichkeit einer Konfliktlösung auf Basis der *lex mercatoria* – eine Ausprägung des materiellrechtlichen Ansatzes – ist aufs neue ins Blickfeld gerückt⁷. Dennoch folgt die Mehrzahl der Rechtssysteme noch immer der klassischen, von Savigny geprägten Methode der indirekten, verweisenden

¹ Rohm/Koch, N.Y.Int'l L.Rev. 11 (1998), 1, 1.

² Zur Bedeutung privater internationaler Vertragsschlüsse für die wirtschaftliche Entwicklung vgl. Adame, Ann.Surv.Int'l & Comp.L. 4 (1997), 56, 57 ff.

³ Juenger, Academie de Droit International – Recueil des Cours / Collected Courses of the Hague Academy of International Law 4 (1985), 119, 168; vgl. auch Neuhaus, RabelsZ 35 (1971), 401, 403 ff., der folgende drei Haupttendenzen in der neueren Entwicklung des IPR sieht: Politisierung, Materialisierung und Negierung. Diese resultieren in einer unterschiedlichen Gewichtung der drei grundlegenden Methoden.

⁴ Dieser Ansatz läßt sich bis in die Zeit des antiken Griechenlandes und des Römischen Reiches zurückverfolgen, wo durch den *praetor peregrinus* ein spezielles Recht (*ius gentium*) auf Konflikte, an denen Nicht Römer beteiligt waren, angewendet wurde; vgl. Borchers, Vand. J. Transnat'l L. 28 (1995), 421, 424; Juenger, La.L.Rev. 60 (2000), 1133, 1134 ff; Symeonides, Willamette L.Rev. 37 (2001), 1, 11.

⁵ Klassisches Beispiel sind die italienischen Statutisten; vgl. Juenger, Academie de Droit International – Recueil des Cours / Collected Courses of the Hague Academy of International Law 4 (1985), 119, 139 ff.; Symeonides, Willamette L.Rev. 37 (2001), 1, 17. Beispiele aus jüngerer Zeit sind die Lösungsansätze, die aus der der US-amerikanischen „Conflicts Revolution“ entstanden sind. Als prominente Vertreter sind die Ansätze der „Interest Analysis“ und der „Better Law Approach“ zu nennen; vgl. Juenger, La.L.Rev. 60 (2000), 1133, 1136 ff.

⁶ Der multilaterale Ansatz geht auf Savigny zurück, vgl. Symeonides, Willamette L.Rev. 37 (2001), 1, 18 f. Gonzalez de Cossio, Jurídica 27 (1997), 119, 126 schlägt folgende Systematisierung der klassischen Kollisionsnormen nach den ihnen zugrundeliegenden geistigen Strömungen vor: 1. Territorialistische Strömungen ((a) Lex Loci Contractus; (b) Lex Loci Solutionis), 2. Personalistische Strömungen ((a) Lex Patriae; (b) Lex Domicilii), 3. Ad-hoc Kriterien, 4. Vorschaltung der Parteiautonomie.

⁷ Juenger, Academie de Droit International – Recueil des Cours / Collected Courses of the Hague Academy of International Law 4 (1985), 119, 168 f.; diese Entwicklung ist besonders in den Vereinigten Staaten ausgeprägt; vgl. Maniruzzaman, Am.U.Int'l L.Rev. 14 (1999), 657, 658; Symeonides, Willamette L.Rev. 37 (2001), 1, 19 ff.

Normen⁸. Innerhalb dieses multilateralen Systems finden aber die (unilateralen) Eingriffsnormen stärkere Beachtung⁹.

Die drei grundlegenden Methoden zur Bestimmung des anwendbaren Rechts bieten innerhalb ihrer selbst jeweils weite Ausgestaltungsspielräume, die nach dem jeweils präferierten Rechtsverständnis ausgefüllt werden können: Rechtspositivisten werden sich mit dem materiellrechtlichen Ansatz jedenfalls dann nicht anfreunden können, solange kein von Staaten abgeleitetes verbindliches Recht – wie beispielsweise das Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf¹⁰ (im folgenden: UN-KaufR) – existiert¹¹. Solches Internationales Einheitsprivatrecht ist aber immer noch eher die Ausnahme als die Regel¹². Auch wird, wer an die Wertneutralität von IPR-Normen glaubt, einen anderen Ansatz bevorzugen, als Vertreter der Ansicht, dass das IPR gewisse Zielsetzungen verfolgen kann und sollte (wie beispielsweise die Erleichterung des internationalen Handels oder der kollisionsrechtliche Schutz der schwächeren Partei), also eine Art der „Interessenjurisprudenz im IPR“¹³. Ein unterschiedlich ausgeprägtes Verständnis der Trennung internationalprivatrechtlicher von materieller Gerechtigkeit¹⁴ beeinflusst ebenso wie die damit verbundene Frage der Gewichtung der Werte „Einzelfallgerechtigkeit“ und „Rechtssicherheit“ tiefgreifend die Normen des Internationalen Privatrechts¹⁵. Rechtssicherheit im IPR – also die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts – wird durch möglichst bestimmte Normen gefördert, während die Einzelfallgerechtigkeit, die auf den konkreten Fall bezogene Beachtung der Vielfalt der international-privatrechtlichen Interessen, durch die einzelfallbezogene individualisierende Methode potenziell besser verwirklicht wird¹⁶.

Die drei genannten grundlegenden Ansätze können jeweils auf einzelstaatlicher Ebene oder durch Rechtsvereinheitlichung auf zwischenstaatlicher Ebene umgesetzt werden. Dem materiellrechtlichen Ansatz ist die zwischenstaatliche Lösung immanent; diese kann jedoch auch auf die anderen Ansätze übertragen werden. Eine internationale Harmonisie-

⁸ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 378; *Juenger*, Academie de Droit International – Recueil des Cours / Collected Courses of the Hague Academy of International Law 4 (1985), 119, 163.

⁹ *Neuhaus*, *RabelsZ* 35 (1971), 401, 405 bezeichnet diese als „Sachnormen mit einer speziellen, meist versteckten (unausgesprochenen) einseitigen Kollisionsnorm“.

¹⁰ Vom 11. 4. 1989.

¹¹ Zum verbreiteten Rechtspositivismus bei Anhängern des unilateralen und des multilateralen Ansatzes vgl. *Juenger*, *Vand. J. Transnat'l L.* 28 (1995), 487, 489 ff.

¹² *Boele-Woelki*, IPRax 1997, 161, 161.

¹³ *Neuhaus*, *RabelsZ* 46 (1982), 4, 18 f. nennt *Kegel* – unter Berufung auf *Schurig* – als ersten, der „mit der Interessenjurisprudenz im IPR ernst gemacht“ hat und „die spezifisch internationalrechtlichen Interessen sichtbar gemacht und wenigstens vorläufig aufgeschlüsselt habe.“; vgl. auch *Neuhaus*, *Grundbegriffe* (2. Aufl.), S. 42 f.

¹⁴ Vgl. *Neuhaus*, *RabelsZ* 46 (1982), 4, 19.

¹⁵ Zum Antagonismus zwischen formaler Rechtssicherheit und Gerechtigkeit vgl. insb. *Neuhaus*, *Grundbegriffe* (2. Aufl.), S. 41 ff., insb. 48, der – auf Grundlage der multilateralen Methode – die Betonung auf Rechtssicherheit legt; vgl. auch *Lando*, *RabelsZ* 38 (1974), 388, 388; *Jaffey*, in *North*, *Contract Conflicts*, 33, 36 f. Als Vehikel zur Auflösung des Konflikts empfiehlt *Neuhaus*, *Grundbegriffe* (2. Aufl.), S. 161 ff. eine Orientierung an formellen (Eindeutigkeit der bestimmten Rechtsordnung, Durchsetzbarkeit, Voraussehbarkeit, Ausschließung einer Gesetzesumgehung, Internationale Entscheidungsgleichheit, Interne Entscheidungsgleichheit) und materiellen (Natur der Sache – Suche nach der räumlich nächstgelegene Rechtsordnung, Zweck der Norm / Interessen) Anknüpfungsmaximen, *Neuhaus* führt dazu aus, dass „[e]ine allgemeine Rangordnung der verschiedenen formalen und materialen Maximen der Anknüpfung [sich] nicht aufstellen läßt. . .“.

¹⁶ Vgl. *Roth*, *Int.Vers.V.R.*, S. 301 ff.

zung von Kollisionsrecht wird regelmäßig dann ins Auge gefasst, wenn die Harmonisierung des materiellen Rechts entweder nur sehr langfristig möglich scheint oder an den verschiedensten Hindernissen zu scheitern droht¹⁷. Beide Harmonisierungsmöglichkeiten verfolgen das – schon von Savigny postulierte¹⁸ – Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs¹⁹, welcher das Phänomen des forum shopping wirkungsvoll einschränkt. Immanente Folge solcher Harmonisierung ist aber, dass der Wettbewerb der verschiedenen (IPR-) Rechtsordnungen²⁰ eingeschränkt²¹ wird, indem eine Vielzahl von IPR-Regimes durch ein einziges ersetzt wird²². Dies wurde indes bewusst zu Gunsten der Vorteile einer Rechtsvereinheitlichung²³ in Kauf genommen.

Die verschiedensten Mechanismen, mit denen bei Verwendung des multilateralen Ansatzes von der Anwendung des durch Kollisionsnormen bestimmten Rechts abgesehen werden kann – zu denken ist unter anderem an den Einsatz zwingender Bestimmungen, den *ordre public*, abweichende Qualifikation, etc. – verdeutlichen, dass eine Harmonisierung des materiellen Rechts konzeptionell eher zum Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs und damit auch zu stärkerer Rechtssicherheit führt. Ihr großer Nachteil ist aber, dass sie den gegenüber einer „bloßen“ IPR-Harmonisierung dornigeren Weg beschreitet und deshalb oft zugunsten letzterer verworfen wird. Eben diese Gedanken führten beim EVÜ dazu, dass „nur“ eine Lösung auf IPR-Ebene in Angriff genommen wurde.

Welcher Ansatz gewählt wird, hat maßgebliche Auswirkungen sowohl auf die Höhe als auch auf die Verteilung von Transaktionskosten²⁴ und kann dadurch internationale Vertragsabschlüsse fördern oder hemmen. Langfristig beeinflussen die Transaktionskosten die weitere Internationalisierung des Handels: Die Schaffung internationalen Entscheidungsein-

¹⁷ Vgl. *Samtleben*, *RebelsZ* 63 (1999), 1, 58 und *Garro*, *Am.J.Comp.L.* 40 (1992), 587, 587, bezogen auf den Stellenwert der Rechtsvereinheitlichung in Lateinamerika.

¹⁸ *Neuhaus*, *RebelsZ* 46 (1982), 4, 9.

¹⁹ Ein pessimistisches Bild vom internationalen Entscheidungseinklang in der Rechtswirklichkeit zeichnet *Symeonides*, *Willamette L.Rev.* 37 (2001), 1, 44 ff.

²⁰ *Streit*, FS Mestmäcker, S. 521, 522 f. definiert Systemwettbewerb als: „... . Interaktionsprozess, in dem Elemente des ökonomischen und des politischen Wettbewerbs wirksam sind.“ Hinsichtlich des Privatrechts in diesem Kontext führt der Autor aus, dass „grenzüberschreitende Transaktionen notwendig eine Wahl zwischen Privatrechtssystemen beinhalten. Ferner wird mit ihnen Bezug auf komplementäre intere (informelle) Institutionen (z.B. Handelsbräuche, Geschäftsbedingungen) genommen.“ Als einen Faktor, der den Wettbewerb der Privatrechtsordnungen beeinflusst, benennt der Autor Unterschiede in den Transaktionskosten. Als „Grundvermutungen zur Funktionsweise von Systemwettbewerb“ benennt der Autor (S. 524) den Systemwettbewerb als Entdeckungsverfahren sowie den Systemwettbewerb als Kontrollverfahren.

²¹ Gegen die Antithese „Systemwettbewerb oder Harmonisierung“ etwa *Köndgen*, *Zentr.f.Eur.W.R.* 70 (1996), 1, 10 m.w.N.

²² Vgl. *Streit*, FS Mestmäcker, S. 521, 527, der bezogen auf den Systemwettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften darlegt, dass mit der Ausweitung überstaatlich geregelter Rechtsgebiete notwendig der Einflussbereich potentiellen Systemwettbewerbs abnimmt.

²³ Die wiederum als Ergebnis von Systemwettbewerb gesehen werden kann, vgl. *Streit*, FS Mestmäcker, S. 521, 534 f., der bezogen auf die neue Rolle der *lex mercatoria* feststellt, dass diese „ein Beispiel dafür ist, dass die Suche nach Rechtseinheit und der Wettbewerb um institutionelle Verbesserungen sich nicht ausschließen“.

²⁴ Definiert als die mit den Vereinbarungen über einen Leistungsaustausch verbundenen Kosten. Sie entstehen aufgrund unvollständiger Information und teilen sich in die Kostenarten der Anbahnungskosten, Vereinbarungskosten, Kontrollkosten und Anpassungskosten; *Gabler*, *Bd. 7*, S. 3295; vgl. zum Begriff auch *The New Palgrave*, *Bd. 3*, S. 683 ff, wo darauf hingewiesen wird, dass „[i]n modern economies a substantial, and probably increasing, proportion of resources is allocated to transaction costs. . . . Transaction costs, by and large, reduce the volume of transactions.“

klangs (sei es durch einheitliches materielles Recht oder durch einheitliche Kollisionsnormen) begünstigt internationale Handelstransaktionen durch die aus der Harmonisierung resultierende gesteigerte Rechtssicherheit und die einhergehende Kostensenkung²⁵. Im internationalen Kontext liegen diese Kosten gewöhnlich höher als im rein nationalen²⁶. Vor allem die Gefahren der Undurchsetzbarkeit von Forderungen und Haftungsrisiken sind im internationalen Kontext mangels Rechtsvereinheitlichung groß²⁷. Soll eine weitere Internationalisierung des Handels erreicht werden, müssen die Marktakteure Grund haben, der Integrität des Marktes und darin vorgenommener Transaktionen zu trauen²⁸. Vereinheitlichung im internationalen Vertragsrecht fördert die Verständigung der Marktteilnehmer, erhöht die Kooperation zwischen den Parteien, wirkt damit transaktionskostensenkend²⁹ und fördert den Ausbau internationaler Handelsbeziehungen.

Kollisionsrecht jeder Ausgestaltungsform verteilt die Informationsrisiken und -kosten, ein wesentlicher Teil der Transaktionskosten, die sich aus der Internationalität der Rechtsbeziehungen, insbesondere der Anwendung einer potenziell fremden Rechtsordnung für die Vertragsparteien ergeben³⁰. Die angemessene Verteilung dieser Kosten und Risiken ist die eigentliche Aufgabe von Kollisionsrecht³¹. Die Entscheidung, wie diese Kosten und Risikoverteilung vorgenommen wird, hat ihrerseits wieder Einfluss auf die Höhe der Transaktionskosten: Diese können sinken, wenn die Informationskosten und -risiken der Partei zugewiesen werden, welche sie etwa aufgrund ihrer Geschäftserfahrung oder Organisationsmöglichkeiten vergleichsweise besser beherrschen und reduzieren kann³².

Diese Arbeit beschäftigt sich mit dem Lösungsansatz der Interamerikanischen Konvention über das auf internationale Verträge anwendbare Recht³³ (im folgenden: Konvention von Mexiko) und vergleicht diesen mit dem Ansatz des Römischen EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (im folgenden: EVÜ)³⁴ aus der Perspektive der anstehenden Neuerung des EVÜ, die – auf Art. 65 lit. b) EGV gestützt³⁵ – als Verordnung i.S.d. Art. 249 Abs. 2 EGV erlassen werden soll.

Das EVÜ diente bei der Entwicklung der interamerikanischen Konvention als Muster und die ersten Entwürfe folgten ihm noch weitgehend. In den späteren Beratungen hat man sich allerdings immer mehr vom Vorbild gelöst, so dass in der Endfassung erhebliche Unterschiede zwischen den Konventionen bestehen. Es stellt sich somit die Frage, ob die von der

²⁵ Malloy, Fordham Int'l L. J. 19 (1995), 662, 717 m.w.N.

²⁶ Malloy, Fordham Int'l L. J. 19 (1995), 662, 723 m.w.N.

²⁷ Malloy, Fordham Int'l L. J. 19 (1995), 662, 723 m.w.N.

²⁸ Malloy, Fordham Int'l L. J. 19 (1995), 662, 723 m.w.N.

²⁹ Malloy, Fordham Int'l L. J. 19 (1995), 662, 722 m.w.N.

³⁰ Roth, Int.Vers.V.R., S. 165 f., u. 318 f.

³¹ Vgl. Roth, Int.Vers.V.R., S. 329.

³² Vgl. Roth, Int.Vers.V.R., S. 383.

³³ Vom 18. März 1994; spanischer Originaltitel: „Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales“; englisch: „Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts“; Originaltexte als Anhang I und II.

³⁴ Vom 19. Juni 1980.

³⁵ Vgl. Grabitz/Hilf-Röben Art. 65 EGV Rn 8; Schwarze-Wiedmann Art. 65 EGV Rn. 16.

Konvention von Mexiko eingeschlagenen abweichenden Wege überzeugend sind und bei der Neuerung des EVÜ in Betracht gezogen werden sollten. Die Ausführungen zum EVÜ werden dabei auf die zum Vergleich erforderlichen Darstellungen beschränkt.

Aufgrund der zeitlichen Abfolge der Übereinkommen wird für die verschiedenen Sachbereiche zunächst der Lösungsansatz des EVÜ dargestellt und im Folgenden auf die interamerikanische Konvention Bezug genommen. Danach wird untersucht, ob Unterschiede zwischen den Übereinkommen bei der Überarbeitung des EVÜ Beachtung finden sollten.

1. Teil: Grundlagen der Konventionen

A. Entstehungsgeschichte und Zielsetzungen

§ 1 *Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen*

Der Anstoß zur Schaffung eines gemeinsamen „europäischen“ IPR ging 1967 von den Benelux-Staaten aus, die damals gerade einen einheitlichen *Benelux-Entwurf* fertiggestellt hatten³⁶. Wegen der durch einen solchen Vorschlag zu erwartenden erhöhten Rechtssicherheit, der gegenüber einer Vereinheitlichung des materiellen Rechts leichter Durchsetzbarkeit, der Reduzierung der Möglichkeiten zum forum shopping und der Umkehr einer weiteren Auseinanderentwicklung der nationalen Kollisionsnormen erfuhr dieser Vorschlag Zustimmung³⁷. Der wirtschaftliche Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften wurde als durch die Rechtszersplitterung beeinträchtigt angesehen³⁸ und die fortschreitende wirtschaftliche Integration erforderte nach damaliger Auffassung eine wenigstens teilweise rechtliche Harmonisierung³⁹. Des Weiteren wurde eine IPR-Regelung auf europäischer Ebene für den logischen Folgeschritt nach der Regelung des Brüsseler EWG-Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (im folgenden: EuGVÜ) gehalten⁴⁰. Unterschiede im IPR der europäischen Staaten konnten eher hingenommen werden, solange es nur beschränkt möglich war, außerhalb des Sitzstaates verklagt zu werden; nach Inkrafttreten des EuGVÜ wurden die Klagemöglichkeiten und die Anerkennung ausländischer Urteile aber erheblich ausgeweitet, so dass die Gefahr des forum shopping wuchs⁴¹.

Neben einer Schaffung gemeinsamen Kollisionsrechts wurde auch eine Harmonisierung des materiellen Rechts in Betracht gezogen⁴². Aufgrund der längeren Zeit, die für eine solche materielle Harmonisierung erforderlich gewesen wäre und der durch den Aufbau des europäischen Binnenmarktes stetig steigenden Zahl grenzüberschreitender Rechtsstreitigkeiten, wurde aber schließlich die leichter zu bewerkstellende Lösung auf Kollisionsrechts-

³⁶ Juenger, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 59; Denkschrift zum Übereinkommen BT Drucksache 10/503, S. 21, 21; *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 36.

³⁷ Czernich/Heiss-Czernich/Heiss Einl. Rn. 3; Juenger, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 59.

³⁸ Juenger, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 59.

³⁹ North in North – Essays in Private International Law, S. 23, 29; Interessant ist dieses Argument besonders im Vergleich mit der in den Vereinigten Staaten bestehenden Rechtszersplitterung, die weder ein weitgehendes (über den Uniform Commercial Code hinausgehendes) Kodifizierungsbedürfnis ausgelöst hat, noch den dort bestehenden Handel wesentlich zu beeinträchtigen scheint, vgl. Juenger, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 62, kritisch auch etwa Collins in North, *Contract Conflicts*, 205, 205 f. Juenger in North, *Contract Conflicts*, 295, 307 anerkennt aber, dass in den USA die supranationale Qualität des Common Law ein Minimum an materieller Uniformität gewährleistet.

⁴⁰ North in North – Essays in Private International Law, S. 23, 29.

⁴¹ Lagarde, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991), 287, 289; North in North – Essays in Private International Law, S. 23, 30; Czernich/Heiss-Czernich/Heiss Einl. Rn. 3 f.

⁴² Ansprache von Vogelaar, zitiert bei *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 36.

ebene für vorzugswürdig gehalten. *Vogelaar*, der damalige für Binnenmarkt und Rechtsangleichung zuständige Generaldirektor bei der Kommission, fasste die drei vorrangig für eine IPR-Konvention sprechenden Erwägungen wie folgt zusammen⁴³:

„Die erste ergibt sich aus der Geschichte des internationalen Privatrechts: alles vereinheitlichen zu wollen, ist ein zu kühnes und zu langwieriges Unterfangen. Die zweite Erwägung gründet sich auf die Notwendigkeit, auf bestimmten wirtschaftlich sehr wichtigen Gebieten die Rechtssicherheit rasch zu erhöhen. Die dritte Erwägung wird durch den Wunsch bestimmt, einer weiteren Auseinanderentwicklung des internationalen Privatrechts der verschiedenen Mitgliedstaaten vorzubeugen.“

Diese Erwägungen führten zur Einberufung einer Sitzung von Regierungssachverständigen, die im Februar 1969 tagte und auf der alle Delegationen der damaligen Sechser-Gemeinschaft⁴⁴ mit Ausnahme Deutschlands die Frage der Zweckmäßigkeit einer solchen Konvention positiv beschieden⁴⁵. Inhaltlich wurde auf dieser Sitzung eine Beschränkung auf die Materien beschlossen, die am engsten mit dem Funktionieren des gemeinsamen Marktes zusammenhängen⁴⁶.

Als Rechtsgrundlage für das IPR-Übereinkommen konnte anders als beim 1968 unterzeichneten EuGVÜ nicht Art. 220 EWGV (heute Art. 293 EGV) dienen⁴⁷, statt dessen sollte (und wurde schließlich) ein institutionell unabhängiges völkerrechtliches Übereinkommen von den Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften abgeschlossen werden⁴⁸. Damit weist das Übereinkommen aber zumindest eine Gemeinschaftsrechtsnähe auf⁴⁹.

1970 nahm eine Expertengruppe unter dem Vorsitz des Belgiers *Jenard* ihre Tätigkeit auf, welche die Arbeit nach inhaltlichen Schwerpunkten an verschiedene Delegationen ver-

⁴³ Ansprache von *Vogelaar*, zitiert bei *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 37.

⁴⁴ Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg, Niederlande.

⁴⁵ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 37.

⁴⁶ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 37 nennen folgende Sachgebiete:

1. das auf körperliche und unkörperliche Gegenstände anzuwendende Recht;
2. das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht;
3. das auf die Form von Rechtsgeschäften und auf den Beweis anzuwendende Recht;
4. die mit den vorstehenden Rechtsgebieten zusammenhängenden allgemeinen Fragen (Rück- und Weiterverweisung, Qualifikation, Anwendung ausländischen Rechts, erworbene Rechte, *ordre public*, Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit, Stellvertretung).

⁴⁷ *North* in *North – Essays in Private International Law*, S. 23, 30 ff. benennt daher folgende rechtliche Unterschiede zum EuGVÜ:

1. Fehlende Entscheidungskompetenz des EuGH, bis und insoweit eine solche ausdrücklich durch ein Protokoll übertragen wird;
2. Keine rechtliche Verpflichtung aus den Römer Verträgen, dass Neumitglieder das EVÜ als Beitrittsvoraussetzung zu übernehmen hätten (obwohl die Mitgliedstaaten die Ratifikation auch des EVÜ für erforderlich halten).

⁴⁸ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 37; zum Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht vgl. auch *North* in *North – Essays in Private International Law*, S. 23, 30; *Rudisch*, *RebelsZ* 63 (1999), 70, 77 f. zum Beitritt Österreichs und ausführlich *Czernich/Heiss-Czernich/Heiss* Einl. Rn. 14; *Birk*, *RdA* 1999, 13, 16 charakterisiert das Übereinkommen als funktional von gemeinschaftsrechtlichem Charakter.

⁴⁹ *Hartley*, *Eur.L.Rev* 4 (1979), 236, 236 spricht gar davon, dass das Übereinkommen, „when it is agreed to, . . . becomes part of Community law, even though it is not based on any provision in the Community Treaties.“

teilte⁵⁰. Schon zu diesem Zeitpunkt sprach sich die große Mehrheit der Delegierten für ein Übereinkommen von universellem Geltungsbereich ohne das Erfordernis der Gegenseitigkeit aus⁵¹. Wegen zu großer Hürden im Bereich des auf körperliche und unkörperliche Gegenstände anwendbaren Rechts beschränkte man sich zunächst auf die Ausarbeitung eines Entwurfs betreffend das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht⁵².

Nach Aufnahme Dänemarks, Großbritanniens und Irlands als neue Mitglieder der Gemeinschaften wurde ein 1972 vorgelegter Vorentwurf⁵³ durch eine erweiterte Experten-Gruppe aufgrund von Stellungnahmen der Mitgliedstaaten überprüft⁵⁴. Nach eingehenden Beratungen und deutlicher Kritik vor allem an vorgeschlagenen Regelungen zum Delikts- und außervertraglichen Schuldrecht wurde 1978 beschlossen, den Inhalt der geplanten Rechtsvereinheitlichung – auch aus Gründen einer schnelleren Fertigstellung – zunächst auf das internationale Schuldvertragsrecht zu beschränken⁵⁵. Im Februar wurde der Übereinkommensentwurf fertiggestellt, das Verfahren für die Weiterleitung an den Rat festgelegt und die Professoren *Giuliano* und *Lagarde* mit der Erstellung eines Berichts über das Übereinkommen beauftragt⁵⁶. Unter der Ägide des Rates wurde schließlich vom Ausschuss der Ständigen Vertreter eine Ad-hoc Gruppe eingesetzt, die eine weitgehende Einigung über die wichtigsten Bestimmungen des Übereinkommens und des Texts des dazugehörigen Berichts erzielte⁵⁷.

Die abschließenden Verhandlungen fanden im Rat der Justizminister statt, der am 19. 6. 1980 in Rom tagte⁵⁸: Bei diesem Treffen wurde die Zahl der zum Inkrafttreten notwendigen Ratifikationen auf sieben festgelegt und eine grundsätzliche Einigung über die Auslegungskompetenz des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) erzielt. Am gleichen Tag wurde das Übereinkommen von den Bevollmächtigten Belgiens, Deutschlands, Frankreichs, Irlands, Italiens, Luxemburgs und der Niederlande unterzeichnet. Das Beitrittsübereinkommen zwischen den damaligen EG-Mitgliedern und Griechenland, das eine Verpflichtung zur Übernahme des EVÜ vorsah, wurde am 10. 4. 1984 geschlossen.

Nach der ursprünglichen Unterzeichnung dauerte es noch elf Jahre, bis die erforderlichen sieben Ratifikationen erreicht waren und erst am 1. 4. 1991 ist das EVÜ schließlich in Kraft getreten⁵⁹. Schon vor seinem offiziellen Inkrafttreten fand das Übereinkommen aller-

⁵⁰ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 37 f.; mit der Bearbeitung des oben (Fn. 45) genannten ersten Themas wurde vorrangig die deutsche Delegation betraut, mit dem zweiten die italienische Delegation, mit dem dritten die französische und mit dem vierten die niederländische Delegation im Einvernehmen mit der belgischen und luxemburgischen Delegation.

⁵¹ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 38.

⁵² *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 60; *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 38.

⁵³ Abgedruckt in *RabelsZ* 38 (1974), 211-219.

⁵⁴ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 38; *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 60.

⁵⁵ *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 60; *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 39.

⁵⁶ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 39.

⁵⁷ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 39.

⁵⁸ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 40.

⁵⁹ *Kegel/Schurig* S. 203.

dings in Belgien, Dänemark, Deutschland und Luxemburg Anwendung und wurde als *ratio scripta* von den Gerichten der Niederlande und Frankreichs herangezogen⁶⁰.

Gemeinsam mit dem EVÜ wurden zwei ergänzende Protokolle beschlossen, die auf die Einigung im Rat der Justizminister zurückgehen. Beide sind allerdings noch nicht in Kraft getreten. Das erste Protokoll betrifft die Auslegung durch den EuGH⁶¹, das zweite gibt dem EuGH die Entscheidungszuständigkeit und erklärt dessen Statut und Verfahrensordnung für anwendbar. Am 18. 5. 1992 wurde das Abkommen über den Beitritt Spaniens und Portugals geschlossen und am 29. 11. 1996 das bislang letzte Übereinkommen über den Beitritt Finnlands, Österreichs und Schwedens, welches seit dem 1. 1. 1999 in Kraft ist⁶².

Inhaltlich hat das EVÜ im wesentlichen Strömungen aufgenommen, die in den Mitgliedstaaten bereits bestanden und bietet nach Ansicht *Juengers* außer „des Begriffs der charakteristischen Leistung . . . wenig neues“, sondern unternimmt vielmehr den Versuch, die in den Einzelstaaten bereits geltende Rechtslage supranational zu fixieren⁶³. Dennoch ist festzuhalten, dass nur in Italien das internationale Schuldvertragsrecht vor Inkrafttreten des Übereinkommens umfassend kodifiziert war⁶⁴. In allen übrigen Mitgliedsstaaten stützte man sich weitgehend auf Gewohnheits- oder Richterrecht, mit starkem Einfluss der Lehre⁶⁵.

§ 2 **Die Konvention von Mexiko**

Die Konvention von Mexiko wurde als eine von zwei Konventionen⁶⁶ von der Fünften Interamerikanischen Spezialkonferenz für Internationales Privatrecht (CIDIP-V)⁶⁷ beschlossen. Die Konferenz stand unter den Auspizien der Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) und wurde von deren Generalversammlung am 18. 11. 1989 einberufen⁶⁸.

Die 1890 gegründete OAS mit Hauptsitz in Washington, D.C. ist die älteste regionale Organisation der Welt und besteht aus 32 Mitgliedstaaten. Ihre grundlegenden Ziele sind die Beibehaltung und Stärkung des Friedens in der Hemisphäre sowie die Förderung wirtschaftlicher, politischer und juristischer Kooperation⁶⁹. Die CIDIP gründen sich auf Art. 51 lit. c) der OAS-Charta⁷⁰.

⁶⁰ *Lagarde*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 289.

⁶¹ S.u. S. 45 ff.

⁶² Vgl. *Borchmann*, NJW 1999, 1223, 1230.

⁶³ *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 61.

⁶⁴ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 40.

⁶⁵ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 40.

⁶⁶ Die andere Konvention behandelt Aspekte des Minderjährigenschutzes.

⁶⁷ CIDIP-V: Quinta Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derecho Internacional Privado; zu einem Bericht über die gesamte Konferenz vgl. *Parra-Aranguren* in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz* S. 299, 299 ff.; einen Überblick über die auf früheren CIDIP angenommenen Konventionen liefert *Fresnedo de Aguirre*, *An.Der.Com.* 7 (1996), 191, 192 f.

⁶⁸ OEA AG/RES. 1034 – IXI/0/89.

⁶⁹ Vgl. *Malloy*, *Fordham Int'l L. J.* 19 (1995), 662, 663 Fn. 1; zur Rolle der OAS bei der Rechtsvereinheitlichung in der Vergangenheit vgl. *Operti Badán*, *Uniform L.Rev.* 1981 I – 60, 60 f.; weitere Informationen über die OAS im Internet unter: <http://www.oas.org>.

⁷⁰ *Fresnedo de Aguirre*, *An.Der.Com.* 7 (1996), 191, 191.

Bestrebungen hinsichtlich einer Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts gibt es, speziell in Lateinamerika⁷¹, schon lange. Ein erster Höhepunkt auf diesem Weg wurde mit den Verträgen von Montevideo⁷² erreicht, der nächste mit dem vom 15 Staaten der Region ratifizierten⁷³ *Código Bustamante*⁷⁴, dem weltweit einzigen Staatsvertrag, der eine nahezu allumfassende Regelung des IPR bietet⁷⁵. Der jüngste Kodifikationsanlauf wurde mit den seit 1975 stattfindenden CIDIP Konferenzen unternommen⁷⁶. Diesen lag die Erkenntnis zugrunde, dass eine Rechtsvereinheitlichung vorzugsweise durch schrittweise und fortschreitende Ausarbeitung spezieller Übereinkommen zu erreichen sei, anstatt erneut den hinderreichen Versuch einer allumfassenden Regelung zu wagen⁷⁷. Dies entspricht der Erkenntnis, die sich bei den Arbeiten zum EVÜ herauskristallisierte.

Mit diesen Konferenzen unternahmen die OAS-Mitglieder verschiedene Anläufe einer Vereinheitlichung auch des internationalen Vertragsrechts. Die Idee seiner Kodifizierung auf interamerikanischem Niveau wurde zuerst in Montevideo während der im Jahr 1979 stattfindenden CIDIP-II diskutiert und auf der 1989 ebenfalls in Montevideo abgehaltenen CIDIP-IV wieder aufgenommen⁷⁸. Dort wurden acht „Grundsätze“ beschlossen, auf deren Grundlage die Konvention ausgearbeitet werden sollte⁷⁹. Diese „Grundsätze“ stützen sich inhaltlich auf das EVÜ, das Haager Übereinkommen betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen anzuwendende Recht⁸⁰ (im folgenden: Haager Kaufrechtsübereinkom-

⁷¹ Garro, Am.J.Comp.L. 40 (1992), 587, 589 ff.; *Operti Badán/Fresnedo de Aguirre* S.12 ff.

⁷² Von 1889.

⁷³ Garro, Am.J.Comp.L. 40 (1992) 587, 591 Fn. 17 nennt: Bolivien, Brasilien, Chile, Costa Rica, Dominikanische Republik, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panama, Peru, Kuba und Venezuela.

⁷⁴ Vom 13. 2. 1928.

⁷⁵ Kropholler, IPR, §9 III 2; Garro, Am.J.Comp.L. 40 (1992) 587, 591 f. weist aber darauf hin, dass durch die zahlreichen möglichen und oft gebrauchten Vorbehalte der vereinheitlichende Effekt weitgehend aufgehoben wurde.

⁷⁶ Kropholler, IPR, §9 III 2.

⁷⁷ Vgl. Garro, Am.J.Comp.L. 40 (1992), 587, 593.

⁷⁸ Juenger, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 381.

⁷⁹ „Bases propuestas por la Conferencia para el estudio futuro del tema“; OEA/Ser.C/VI.21.4 (1990): Basic Principles Adopted by the Conference for the Future Study of the Topic on Law Applicable to International Contracts.

1. The parties to the contract may freely decide on the law applicable to all or part of a contract the international character of which is evidenced by objective elements located in different states. They may change the chosen law at any time provided that the rights of third parties are not affected.
2. The decision referred to in the preceding paragraph must be explicit or, exceptionally, must derive unequivocally from the overall conduct of the parties and the clauses of the contract.
3. If the parties to the contract have failed to choose the applicable law, or if their choice is invalid, the contract shall be governed by the law of the state with which it is most closely linked.
4. The statutory provisions of any State with which the contract has links may be taken into account when, under the law of the State concerned, those provisions are mandatory and should be applied regardless of the law governing the contract shall [sic] necessarily be applied.
5. The statutory provisions of any State with which the contract has links may be taken into account when, under the law of the State concerned, those provisions are mandatory and should be applied regardless of the law governing the contract.
6. As for the requirements of form, to be valid it is sufficient that the contract done [sic] in conformity with the law governing its execution (*lex celebrationis*).
7. The law of each State shall govern the publication of notices of the contract.
8. The law governing the contract shall not apply when it is manifestly contrary to public policy (*ordre public*).

(englische Fassung zitiert bei Garro, Am.J.Comp.L. 40 (1992), 587, 599 Fn. 45.

⁸⁰ Vom 22. 12. 1986.

men) und das UN-KaufR⁸¹. Ferner wurde vom ständigen Rat der OAS eine Umfrage unter allen Mitgliedstaaten über das bislang geltende internationale Vertragsrecht gestartet und ausgewertet⁸². Die Konvention entstand also mit Hilfe der Rechtsvergleichung⁸³. Ungeachtet dieser Vorbilder verfolgt die Konvention von Mexiko aufgrund einiger Besonderheiten aber einen durchaus eigenständigen Weg⁸⁴. Auf eine Regelung der internationalen Zuständigkeit wurde indes ebenso wie beim EVÜ verzichtet und dieses Thema für eine spätere Konferenz aufgehoben⁸⁵.

Diskutiert, mangels Zuspruchs durch die Teilnehmerstaaten aber verworfen, wurde die Möglichkeit einer Übernahme des Haager Kaufrechtsübereinkommens⁸⁶; stattdessen wurde beschlossen, eine eigene regionale Konvention zu entwerfen⁸⁷. Eine solche wurde für erforderlich gehalten, da trotz des gegenwärtigen Trends zu einer Öffnung der Wirtschaft, der fortschreitenden Integration und größerer gegenseitiger wirtschaftlicher Abhängigkeit die Mehrzahl der internen Regelungen über internationale Verträge statisch geblieben war⁸⁸. Insbesondere waren in den Rechtsordnungen der Mehrzahl der Staaten Lateinamerikas noch die alten IPR-Regeln enthalten, die den Verträgen von Montevideo oder dem *Código Bustamante* entstammten, während in den Vereinigten Staaten und Kanada der Trend in Richtung einer liberalen Anerkennung der Parteiautonomie ging⁸⁹. So ist etwa die Parteiautonomie in Uruguay, Paraguay und auch Brasilien entweder nicht oder nur in einzelnen Bereichen zugelassen⁹⁰. Dieser Mangel an modernen Regelungen in Lateinamerika beruhte vor allem darauf, dass der Freihandel sich erst in jüngerer Zeit entwickelte, in vielen Staaten sozialistische Ideen lange dominierten, Misstrauen gegenüber staatlichen Gerichten weitverbreitet war und es kaum alternative Streitbeilegungsmethoden gab⁹¹. Unterschiede in den internen Rechtsordnungen der OAS-Mitglieder und die größer werdende gegenseitige wirtschaftliche Abhängigkeit und Globalisierung der Weltwirtschaft waren Faktoren, die für eine

⁸¹ Explanatory Memorandum on the Draft Convention on the Law Applicable to International Contractual Arrangements (Berichterstatte: *Siqueiros*), OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/12/93 S. 10 (Original in spanish).

⁸² *Garro*, Am.J.Comp.L. 40 (1992), 587, 600 f. mit einer Aufstellung der Fragen in Fn. 55 ff.

⁸³ *Fernández Arroyo*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 84 (1995), 178, 181.

⁸⁴ *Burman*, Vand.J.Trandnat'l L. 28 (1995), 367, 377.

⁸⁵ Report of the Rapporteur (von *Siqueiros*): The Law Applicable to International Contractual Arrangements, CJI/SO/II/doc.6.91. S. 11, 13 Fn. 12 (Originaltext in spanish).

⁸⁶ *Garro*, Am.J.Comp.L. 40 (1992), 587, 613 f. sieht eine "traditionelle Zögerlichkeit oder gar Feindseitigkeit [in Lateinamerika, der Verf.] hinsichtlich der Übernahme internationaler Übereinkommen die von nicht-regionalen Institutionen ausgearbeitet wurden", ausgelöst durch „den Glauben, dass diese internationalen Instrumente die Interessen der industrialisierten Länder auf Kosten der Entwicklungsländer bevorzugen.“ *Garro* sieht diese Tradition aber im Umbruch (S. 614 f.).

⁸⁷ *Fernández Arroyo*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 84 (1995), 178, 179 f.

⁸⁸ Explanatory Memorandum on the Draft Convention on the Law Applicable to International Contractual Arrangements (Berichterstatte: *Siqueiros*), OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/12/93 S. 9 (Original in spanish).

⁸⁹ Explanatory Memorandum on the Draft Convention on the Law Applicable to International Contractual Arrangements (Berichterstatte: *Siqueiros*), OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/12/93 S. 10 (Original in spanish); *Lamm* S. 261 f. weist darauf hin, dass beispielsweise die Montevideo-Verträge von 1889 und 1940 sowie der *Código Bustamante* eine ausschließliche Anknüpfung an den Erfüllungsort bzw. den Abschlussort vorsahen, während eine Rechtswahl durch die Parteien nicht möglich war.

⁹⁰ *Samtleben*, *RebelsZ* 63 (1999) 1, 59.

⁹¹ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 196.

gemeinsame Lösung sprachen⁹². Wie beim EVÜ hat demnach der sich entwickelnde Freihandel dazu geführt, dass eine neue Konvention für erforderlich gehalten wurde. Während ein Motiv der Ausarbeitung des EVÜ aber die Verhinderung einer weiteren Auseinanderentwicklung der Rechtsordnungen war, sollte hier im wesentlichen eine Modernisierung erreicht werden, eine gewisse Nähe wiesen die Rechtsordnungen durch den *Código Bustamante* ohnehin auf.

Die Ausarbeitung eines ersten Entwurfs einer Konvention über das internationale Vertragsrecht auf Basis der acht „Grundsätze“ oblag dem Interamerikanischen Juristischen Komitee (IJK)⁹³, das sein Mitglied *Siqueiros* (Mexiko) mit dieser Aufgabe betraute. Schon wenig später, am 31. 7. 1991, genehmigte das IJK die *Preliminary Draft Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contractual Arrangements*⁹⁴, der ein erläuterndes Memorandum beigefügt war.

Entsprechend einer Resolution der Generalversammlung⁹⁵ berief die OAS unter Leitung des *National Law Center for International Free Trade* (NLCIFT) mit Sitz in Tuscon, Arizona, ein Sachverständigentreffen ein. Dessen Ziel war die Erarbeitung eines neuen Konventionsentwurfs auf Grundlage des IJK-Entwurfs. Auf dieser Konferenz wurde unter Leitung von *Kozolschyk* die erste vorläufige Fassung teilweise stark überarbeitet, beispielsweise um der *lex mercatoria* Bedeutung einzuräumen⁹⁶. Am 14. 11. 1993 nahm die Sachverständigenkommission die *Inter-American Draft Convention on the Law Applicable to International Contractual Arrangements*⁹⁷ an, den sogenannten Tuscon-Entwurf.

Die CIDIP-V nahm ihre Arbeit unter Leitung von *Siqueiros* am 14. 3. 1994 unter Teilnahme von 19 Mitgliedstaaten der OAS⁹⁸ und einigen Beobachtern aus anderen Staaten in Mexiko-Stadt auf⁹⁹. Die Teilnehmer verteilten die Arbeit auf zwei Komitees, wobei sich das erste, unter Leitung von *Parra-Aranguren* (Venezuela) mit der Frage des auf internationale Verträge anwendbaren Rechts beschäftigte. Der Tuscon-Entwurf diente der im mexikanischen Außenministerium stattfindenden Konferenz als Diskussionsgrundlage¹⁰⁰. Trotz erneut

⁹² Report of the Rapporteur (von *Siqueiros*): The Law Applicable to International Contractual Arrangements, CJI/SO/II/doc.6.91. S. 12 (Originaltext in spanisch).

⁹³ Gemäß Art. 105 der Charta der OAS ist es Aufgabe des Interamerikanischen Juristischen Komitees, die fortschreitende Entwicklung und Kodifizierung internationalen Rechts zu fördern, juristische Probleme in Zusammenhang mit der Integration der Entwicklungsländer der Hemisphäre zu untersuchen und, soweit es wünschenswert erscheint, nach Möglichkeit Einheitlichkeit in der Gesetzgebung zu erreichen.

⁹⁴ OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/12/93 (1991).

⁹⁵ Vom 18. 11. 1989.

⁹⁶ Vgl. *Parra-Aranguren* in E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz S. 299, 302.

⁹⁷ Proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Preparado por la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional celebrada en Tuscon, Arizona, del 11 al 14 de noviembre de 1993) – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/15/93.

⁹⁸ Argentinien, Bolivien, Brasilien, Kanada, Chile, Kolumbien, Costa Rica, Dominikanische Republik, Ecuador, El Salvador, Honduras, Mexiko, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Vereinigte Staaten, Uruguay, Venezuela; vgl. OEA/Ser. K/XXI.5 – CIDIP-V/doc.31/94 rev 1.

⁹⁹ *Parra-Aranguren* in E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz S. 299, 302.

¹⁰⁰ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 381.

umfangreicher Änderungen kommt diesem Entwurf als Vorgänger der endgültigen Konvention daher Bedeutung bei der Auslegung zu¹⁰¹.

Am 17. 3. 1994 wurde die Konvention schließlich von der Konferenz angenommen. Da neben 17 lateinamerikanischen Staaten auch Kanada und die Vereinigten Staaten teilnahmen, repräsentiert sie einen breiten Konsens von Staaten der Hemisphäre, welcher den anglo-amerikanischen Rechtskreis des Common Law ebenso wie den des auf römisch-rechtlicher Tradition beruhenden Civil Law¹⁰² umfasst¹⁰³. Dies konnte aber nur erreicht werden, weil erhebliche Kompromisse gemacht wurden¹⁰⁴. Entsprechend ihrem Artikel 28 ist die Konvention am 15. 12. 1996 zwischen Mexiko und Venezuela¹⁰⁵ in Kraft getreten und ist außerdem von Bolivien, Brasilien und Uruguay gezeichnet¹⁰⁶.

Laut ihrer Präambel hat die Konvention das Ziel, internationale Verträge durch Rechtsvereinheitlichung zu vereinfachen, eine Ergebnisharmonisierung zu erreichen, sowie die regionale Entwicklung des Internationalen Privatrechts fortzuführen. Die Ergebnisharmonisierung wird dabei nicht durch die Schaffung eines Einheitsprivatrechts, sondern durch einheitliche Kollisionsnormen erreicht. Mit ihren Lösungen will sich die Konvention der Realität eines sich ausweitenden Welthandels und der zu beobachtenden Entwicklung hin zu alternativen Streitbelegungsverfahren stellen¹⁰⁷.

¹⁰¹ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 385.

¹⁰² Zwecks terminologisch deutlicher Abgrenzung gegenüber dem Common Law wird im folgenden der englische Begriff Civil Law verwendet.

¹⁰³ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 382.

¹⁰⁴ *Burman*, Vand.J.Trandnat'l L. 28 (1995), 367, 379; vgl. auch *Fernández Arroyo*, Rev.crit.dr.internat.privé 84 (1995), 178, 180 f.

¹⁰⁵ Vgl. *de Maekelt*, *RabelsZ* 64 (2000), 299, 330 f; zur Rolle und Rang im mexikanischen Recht vgl. *Cicero*, Vand.J.Transnat'l.L. 30 (1997), 1035, 1041 ff.

¹⁰⁶ Der aktuelle Ratifikationsstand kann im Internet auf der Homepage der OAS (www.oas.org) abgefragt werden.

¹⁰⁷ *Operti Badán/Fresnedo de Aguirre* S. 25 f.

B. Anwendbarkeit der Konventionen

§ 1 Inkrafttreten und Geltung

I. EVÜ

Das EVÜ bedarf nach Art. 28 Abs. 2 der Ratifizierung, Annahme oder Zustimmung durch die Unterzeichnerstaaten¹⁰⁸. Die entsprechenden Urkunden sind beim Generalsekretär des Rates der Europäischen Gemeinschaften zu hinterlegen. Gemäß Art. 29 Abs. 1 tritt das Übereinkommen am ersten Tag des dritten Monats in Kraft, der auf die Hinterlegung der siebten Urkunde über Ratifizierung, Annahme oder Zustimmung folgt. Datum des Inkrafttretens nach Hinterlegung der siebten Urkunde durch Großbritannien war der 1. 4. 1991. In weiteren Staaten wird das Übereinkommen gemäß Art. 29 Abs. 2 am ersten Tag des dritten Monats nach Hinterlegung der entsprechenden Urkunde wirksam. Nach Streichung des Art. 27 durch das Übereinkommen von Funchal vom 18. 5. 1992¹⁰⁹ tritt das Übereinkommen immer für das gesamte Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates in Kraft.

Das EVÜ ist nicht auf unbestimmte Zeit geschlossen, sondern läuft grundsätzlich gemäß Art. 30 Abs. 1 zehn Jahren nach seinem Inkrafttreten aus. Dieser Zeitrahmen gilt auch für Staaten, für die das Übereinkommen erst nach dem ursprünglichen Inkrafttreten wirksam geworden ist. In diesen Staaten verkürzt sich die Anwendungszeit des Übereinkommens entsprechend. Nach dieser Vorschrift wäre das EVÜ am 1. 4. 2001 ausgelaufen. Jedoch sieht Art. 30 Abs. 2 vorbehaltlich einer Kündigung eine stillschweigende Verlängerung des Übereinkommens um jeweils fünf Jahre vor. Eine solche Kündigung ist nach Art. 30 Abs. 3 dem Generalsekretär des Rates der Europäischen Gemeinschaften mindestens sechs Monate vor Ablauf der zehn- oder fünfjährigen Frist zu notifizieren und konnte vor der Streichung des Art. 27 durch das Übereinkommen von Funchal auf eines der in Art. 27 Abs. 2 genannten Gebiete¹¹⁰ beschränkt werden. Wirkung entfaltet eine solche Kündigung nach Art. 30 Abs. 4 nur für den notifizierenden Staat; für die anderen Vertragsstaaten bleibt das Übereinkommen in Kraft.

Anders als das EVÜ selbst sind die beiden am 19. 12. 1988 unterzeichneten Brüsseler Protokolle über die Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof und die Anwendbarkeit seiner Verfahrensordnung noch nicht in Kraft getreten.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 28 Abs. 1

¹⁰⁹ Für Deutschland am 1. 5. 1995 in Kraft getreten und heute daneben für Frankreich, Italien, die Niederlande, Portugal, Spanien und Großbritannien in Kraft. Im Verhältnis dieser Staaten zu den anderen Vertragsstaaten gilt also die alte Fassung weiter. Art. 27 gewährte einigen Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, die Anwendbarkeit der Konvention hinsichtlich gewisser Gebiete einzuschränken. Vor der Streichung des Art. 27 hatte Dänemark mit Erklärung vom 18. 7. 1986 das Übereinkommen auf die Färör erstreckt, Großbritannien mit Wirkung vom 18. 7. 1994 auf Gibraltar und die Niederlande am 24. 5. 1993 auf die Niederländischen Antillen und Aruba.

¹¹⁰ Art. 27 Abs. 2 gewährt einigen Mitgliedstaaten die Möglichkeit, gewisse Gebiete vom Anwendungsbereich des Übereinkommens auszunehmen. So kann Dänemark die Färör, Großbritannien insbesondere die Kanalinseln und die Niederlande die Niederländischen Antillen vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausnehmen.

II. Konvention von Mexiko

Gemäß Art. 26 muss auch die Konvention von Mexiko ratifiziert werden, wobei die diesbezüglichen Urkunden beim Generalsekretariat der OAS zu hinterlegen sind. Sie tritt nach Art. 28 Abs. 1 am dreißigsten Tag nach Hinterlegung der zweiten Ratifikationsurkunde in Kraft. Datum des Inkrafttretens entsprechend dieser Vorschrift war der 15. 12. 1996, da als zweiter Staat nach Venezuela auch Mexiko am 15. 11. 1996 die Ratifikationsurkunde hinterlegt hat. Nach dem Inkrafttreten ist die Konvention auch für Staaten offen, die keine OAS-Mitglieder sind, Art. 27 S. 1. Für jeden Staat, der der Konvention nach ihrem Inkrafttreten beitrifft, wird sie gemäß Art. 28 Abs. 2 am dreißigsten Tag nach Hinterlegung der Ratifikationsurkunde wirksam. Grundsätzlich soll die Konvention auf unbestimmte Zeit in Kraft bleiben, jedoch kann sie von jedem Vertragsstaat durch Hinterlegung eines entsprechenden Instruments beim OAS-Generalsekretariat gekündigt werden; ein Jahr nach dieser Hinterlegung tritt sie dann in dem entsprechenden Staat außer Kraft, Art. 29.

Es wird demnach ein vom EVÜ abweichender Regelungsmechanismus verwendet: Während die Konvention von Mexiko zeitlich unbefristet ist, ist das EVÜ jeweils befristet. Wegen der in beiden Übereinkommen vorgesehenen Kündigungsmöglichkeiten hat dies den Effekt, dass es für einen Vertragsstaat schwerer ist, das EVÜ zu kündigen, da dort die Zehn-, bzw. Fünfjahresfrist zu beachten ist. Bedeutender ist demgegenüber das Erfordernis des EVÜ von sieben im Gegensatz zu nur zwei zum Inkrafttreten erforderlichen Ratifikationen bei der Konvention von Mexiko. Allerdings haben beide Konventionen die jeweilige Hürde übersprungen. Das Ziel der Rechtsvereinheitlichung hängt freilich an einer möglichst großen Zahl von Ratifikationen. Hier hat die Konvention von Mexiko noch einen weiten Weg vor sich.

§ 2 Sachlicher und Persönlicher Anwendungsbereich

I. Sachlicher Anwendungsbereich der Übereinkommen

Art. 1 EVÜ ordnet dessen Anwendung auf vertragliche Schuldverhältnisse mit Ausnahme der in Art. 1 Abs. 2 genannten Rechtsgebiete an. Gänzlich ausgeschlossen ist demgegenüber das Gebiet der dinglichen Rechte, etwa die sachenrechtliche Einigung nach deutschem Recht¹¹¹, der Immaterialgüterrechte und der außervertraglichen Schuldverhältnisse¹¹².

Art. 1 Abs. 1 Konvention von Mexiko bestimmt, dass diese das „auf internationale Verträge anwendbare Recht“ regelt. Auch die Konvention von Mexiko ist dort nicht anwendbar, wo es um dingliche Rechte, Immaterialgüterrechte oder außervertragliche Schuldver-

¹¹¹ Denkschrift zum Übereinkommen BT Drucksache 10/503, S. 21, 22.

¹¹² *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 42; Czernich/Heiss-Nemeth Art 1. Rn. 3, der darauf hinweist, dass für die außervertraglichen Schuldverhältnisse ein europäischer Rechtsakt geplant ist.

hältnisse geht. Es sind dem Grundsatz nach alle internationalen Verträge umfasst¹¹³, unabhängig von den Vertragsparteien¹¹⁴. Die Beschränkung auf „internationale“ Verträge ist keine Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs, sondern postuliert das Erfordernis einer Auslandsberührung¹¹⁵.

1. Vertragsbegriff der Übereinkommen

Beide Übereinkommen definieren den Begriff des Vertrages nicht. Wegen der in beiden Konventionen enthaltenen Auslegungsregeln (EVÜ: Art. 18, Konvention von Mexiko: Art. 4) darf sich die Qualifikation nicht nach der *lex fori* richten¹¹⁶, vielmehr ist der Begriff vertragsautonom zu bestimmen¹¹⁷. Trotz der Unterschiede des Common Law-Vertragsbegriffs gegenüber dem des Civil Law¹¹⁸ sind dabei keine größeren Schwierigkeiten zu erwarten: So umfasst der Vertragbegriff des EVÜ wegen der grundsätzlichen Einbeziehung der Schenkung¹¹⁹ sowohl einseitig als auch zweiseitig verpflichtende Verträge¹²⁰ – die autonome Auslegung ergibt somit, dass eine „consideration“ angloamerikanischer Provenienz nicht erforderlich ist. Nicht vom Vertragsbegriff umfasst sind demgegenüber schuld begründende einseitige Rechtsgeschäfte¹²¹. Hier ist der Vertragsbegriff der Konvention von Mexiko weiter gefasst, da unter den Begriff des Vertrages sogar einseitige Willenserklärungen („unilateral declarations of will“) fallen¹²². Auch hier ist folglich das Übereinkommen auf eine Schenkung anwendbar. Nur in den seltenen Fällen beispielsweise einer Auslobung ergeben sich Unterschiede, weil

¹¹³ Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 26 ff. nennt privatrechtliche Verträge, Handelsverträge, Verträge betreffend Mobilien sowie Immobilien, etc.

¹¹⁴ Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 30.

¹¹⁵ S.u. S. 32 ff.

¹¹⁶ So aber für die Konvention von Mexiko Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 21 der auf Art. 4 in diesem Zusammenhang nicht eingeht; wieder a.A. Fletcher, *Ga.J.Int'l & Comp.L.* 26 (1999), 477, 488, nach dem “[b]oth the Rome and Mexico Conventions leave the issue to be characterized by the contracting parties and, in default, to the courts”.

¹¹⁷ Zum EVÜ: *Cheshire/North* S. 543 f.

¹¹⁸ Das Common Law fasst den Begriff des „contract“ enger als das Civil Law. § 3 Restatement (Second) of Contracts definiert ihn wie folgt: „A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.“ Als seine essentialia werden genannt: „competent parties, subject matter, a legal consideration, mutuality of agreement, and mutuality of obligation.“ Insbesondere die Einbeziehung der „consideration“ in den Vertragsbegriff unterscheidet ihn von dem des Civil Law, der eher dem Common Law „agreement“ entspricht. Ein Unterschied ergibt sich etwa im Bereich der Schenkung, die nach dem Civil Law als Vertrag ausgestaltet ist, während ihr im Common Law diese Qualität wegen Fehlens der consideration nicht zu kommt. Aufgrund dieser Unterschiede verbietet sich, um die Ziele der Konvention nicht zu unterlaufen, eine Qualifikation nach der *lex fori*. Vielmehr ist die Qualifikation autonom vorzunehmen.

¹¹⁹ Vgl. *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 42, eine Einschränkung gilt danach allerdings für Schenkungen, die dem Familienrecht, dem ehelichen Güterrecht oder dem Erbrecht unterstehen.

¹²⁰ Czernich/Heiss-*Nemeth* Art. 1 Rn. 3.

¹²¹ Czernich/Heiss-*Nemeth* Art. 1 Rn. 4.

¹²² Report of the Rapporteur of Committee I Regarding the Law Applicable to International Contracts, OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1 S. 1; *Parra-Aranguren* in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz* S. 299, 305.

vertragsbezogene Willenserklärungen ohnehin vom Anwendungsbereich beider Übereinkommen erfasst sind¹²³.

2. *Ausgeschlossene Materien*

Beide Übereinkommen schließen solche Materien von ihrem Anwendungsbereich aus, deren Schwerpunkt nicht im internationalen Schuldvertragsrecht liegt und die aufgrund ihrer Natur besonderen kollisionsrechtlichen Regeln unterliegen¹²⁴. Art. 1 Abs. 2 EVÜ schließt dabei eine größere Zahl von Bereichen aus als der entsprechende Art. 5 Konvention von Mexiko.

a) *Internationales Personenrecht*

Art. 1 Abs. 2 lit. a) EVÜ nimmt zunächst das internationale Personenrecht von seinem Anwendungsbereich aus. Auf Fragen des Personenstandes, der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit (vorbehaltlich des Art. 11, der eine begrenzte Ausnahme bei einem Vertragsschluss zwischen Personen verschiedener Nationalität im gleichen Staat begründet¹²⁵) findet das Übereinkommen keine Anwendung. Durchgesetzt hat sich in diesem Punkt die Rechtsanschauung der Staaten des Civil Law, welches anders als das Common Law Fragen des Status nicht als vertraglich ansieht¹²⁶. Der Ausschluss umfasst neben allen Fragen der Personensorge für Kinder¹²⁷ auch die Folgen mangelnder Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit¹²⁸. Art. 1 Abs. 2 lit. a) ist damit deckungsgleich mit Art. 1 Abs. 2 Nr. 1, 1. Teil EuGVÜ.

In der Parallelnorm des Art. 5 lit. a) Konvention von Mexiko eröffnet sich ein klassisches Übersetzungsproblem. Die spanische Fassung schließt Fragen des „estado civil“ aus, während die englische Fassung „questions arising from the marital status“ ausschließt. Nun ist „marital status“ (Ehestand) ein weit engerer Begriff als „estado civil“¹²⁹, der mit „Personenstand“ übersetzt werden kann. Dabei ist der spanischen Fassung Vorrang zu gewähren,

¹²³ Dies ergibt sich hinsichtlich vertragsabschlussbezogener Willenserklärungen aus Art. 8 EVÜ, bzw. Art. 12 Konvention von Mexiko. Hinsichtlich sonstiger vertragsbezogener Willenserklärungen aus Art. 10 EVÜ, bzw. Art. 14 Konvention von Mexiko.

¹²⁴ Für das EVÜ: Denkschrift zum Übereinkommen BT Drucksache 10/503, S. 21, 22; für die Konvention von Mexiko: *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 386.

¹²⁵ Näher dazu unten S. 182 ff.

¹²⁶ *North* in *North – Essays in Private International Law*, S. 23, 36; *Cheshire/North* S. 546; zur klassischen Common Law Sichtweise vgl. etwa: *Milliken v. Pratt*, 125 Mass. 374; vgl. auch § 198, *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, eine Alternative besteht allerdings nach § 188, wonach die „capacity“ auch nach dem Recht des Staates bestimmt werden kann, der bezüglich dieser Frage die bedeutenste Verbindung zu der Transaktion und den Parteien hat (unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze des § 6); *Hartley*, *Eur.L.Rev* 4 (1979), 236, 238 weist darauf hin, dass vom Standpunkt der „policy“ Schutzvorschriften zu Gunsten etwa Minderjähriger (also insbesondere Fragen der Geschäftsfähigkeit) nicht anders zu beurteilen seien als beispielsweise Verbraucherschutzvorschriften: Bei ersteren gehe es um den Schutz persönlich, bei letzteren um den Schutz ökonomisch typisch schwächerer Parteien.

¹²⁷ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 43; auf eine gesonderte Erwähnung der Personensorge für Kinder wurde verzichtet, um eine Auslegung des EuGVÜ im Gegenschluss zu verhindern.

¹²⁸ So zumindest die hM, vgl. *Palandt-Heldrich* Art. 7 EGBGB Rn. 5 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

¹²⁹ *Parra-Aranguren* in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz* S. 299, 306.

denn die Arbeiten und Diskussionen fanden auf spanisch statt und Übersetzungen in die anderen offiziellen Sprachen wurden erst später vorgenommen¹³⁰.

Art. 5 lit. a) Konvention von Mexiko schließt ferner Fragen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit (capacity) sowie der Folgen von Nichtigkeit oder Ungültigkeit des Vertrages als Konsequenz fehlender Rechts- oder Geschäftsfähigkeit einer der Parteien aus. Damit wird auch hier dem typischen Ansatz des Civil Law gefolgt¹³¹. Unterschiede zwischen den beiden Übereinkommen ergeben sich mit Ausnahme der engen Schutzvorschrift des Art. 11 EVÜ folglich nicht.

b) *Internationales Erb- und Familienrecht*

Art. 1 Abs. 2 lit. b) EVÜ schließt vertragliche Schuldverhältnisse betreffend Testamente sowie das Gebiet des Erbrechts¹³², die ehelichen Güterstände¹³³ und die Rechte und Pflichten, die auf einem Familien-, Verwandtschafts- oder eherechtlichem Verhältnis oder einer Schwägerschaft beruhen (einschließlich der Unterhaltsverpflichtung gegenüber einem nicht-ehelichen Kind) von seinem Anwendungsbereich aus. Ziel dieser Aufzählung ist es, das gesamte Familien- und Erbrecht aus dem Anwendungsbereich des Übereinkommens auszuklammern¹³⁴. Unterhaltsverpflichtungen sind von lit. b) nur insoweit erfasst, als sie sich auf gesetzliche Unterhaltsansprüche beziehen (unabhängig davon, wie die gesetzlichen Ansprüche im Einzelfall konkretisiert werden und ob die Ansprüche aus dem vertraglichen Schuldverhältnis über den gesetzlich geschuldeten Unterhalt hinausgehen)¹³⁵. Dem Übereinkommen unterliegen damit diejenigen Unterhaltsvereinbarungen, die keine gesetzliche Grundlage im Ehe- oder Familienrecht haben¹³⁶. Gleiches gilt für Schenkungen¹³⁷. Art. 1 Abs. 2 lit. b) lehnt sich an die Formulierung von Art. 1 Abs. 2 Nr. 1, 2. Teil EuGVÜ an¹³⁸.

Die Konvention von Mexiko findet in Art. 5 lit. b) eine gleichartige Lösung: Vertragliche Verpflichtungen („contractual obligations“), die sich auf Angelegenheiten der Erbfolge, auf Testamente oder Eheverträge beziehen sowie vertragliche Verpflichtungen, die aus Familienverhältnissen herrühren, sind vom Anwendungsbereich ausgenommen. Die Begriffe „successional“ und „testamentary“ sind wie im EVÜ aus Klarstellungsgründen nebeneinander verwendet worden, obwohl man „testamentary“ als von „successional“ umfasst ansehen

¹³⁰ Zum Vorrang der spanischen Fassung bei sprachlichen Divergenzen vgl. unten S. 48 ff.

¹³¹ Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 32; Fletcher, *Ga.J.Int'l & Comp.L.* 26 (1999), 477, 489.

¹³² Czernich/Heiss-Nemeth Art. 1 Rn. 17 nennt als Beispiele etwa Erbverträge, Erbverzichtsverträge, auf Grund eines Todesfalls entstehende Treuhandverhältnisse, Schenkungen auf den Todesfall, den Erbschafts Kauf und die Erbschaftsschenkung.

¹³³ Czernich/Heiss-Nemeth Art. 1 Rn. 19 subsumiert unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH zum EuGVÜ alle vermögensrechtlichen Beziehungen unter diese Ausnahme, die sich unmittelbar aus der Ehe oder ihrer Auflösung ergeben, wie etwa die Aufteilung des ehelichen Vermögens im Scheidungsfall und Fragen betreffend die Verwaltung des Vermögens eines Ehegatten durch den anderen.

¹³⁴ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 42.

¹³⁵ Denkschrift zum Übereinkommen BT Drucksache 10/503, S. 21, 23.

¹³⁶ Denkschrift zum Übereinkommen BT Drucksache 10/503, S. 21, 23.

¹³⁷ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 42.

könnte¹³⁹. Hinsichtlich der Unterstellung von Unterhaltszahlungen unter die Konvention von Mexiko gilt das zum EVÜ festgestellte.

c) *Internationales Wertpapierrecht*

Art. 1 Abs. 2 lit. c) EVÜ schließt dessen Anwendung auf Verpflichtungen aus Wechseln, Schecks, Eigenwechseln und anderen handelbaren Wertpapieren aus, sofern die Verpflichtung sich aus deren Handelbarkeit ergibt. Grund für den Ausschluss des internationalen Wertpapierrechts ist, dass diese Materie weitgehend von den Genfer Abkommen von 1930 bzw. 1931 geregelt ist¹⁴⁰, dass einige EWG-Mitgliedsstaaten derartige Schuldverhältnisse als außervertraglich erachteten, und dass die Einbeziehung solcher Verpflichtungen komplizierte Sondervorschriften erfordert hätte¹⁴¹. Gänzlich ausgeschlossen sind nur Wechsel, Schecks und Eigenwechsel. Verpflichtungen aus anderen handelbaren Wertpapieren – also solchen, die ein Recht verbriefen, das erst mit Übertragung der entsprechenden Urkunde übergeht¹⁴² – sind dagegen nur insoweit ausgeschlossen, als es sich um Auswirkungen der spezifisch wertpapierrechtlichen Funktion handelt¹⁴³. Dies ist dann der Fall, wenn es um eine Verpflichtung geht, die gerade aus der Handelbarkeit entsteht¹⁴⁴. Ist ein Anspruch zwar übertragbar, das Dokument, aus dem er sich ergibt jedoch nicht handelbar, bleibt das Übereinkommen anwendbar¹⁴⁵. Die Verträge, aufgrund derer die „anderen handelbaren Papiere“ ausgestellt werden und Verträge über den Kauf oder Verkauf solcher Papiere können in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen¹⁴⁶. Auch auf einen Anteilskaufvertrag (sog. „share deal“) kann daher das EVÜ angewendet werden¹⁴⁷. Ob ein Papier handelbar ist oder nicht richtet sich nach der *lex fori*, einschließlich deren Kollisionsrecht¹⁴⁸; sinnvoll ist aber eine Heranziehung der vom EuGH entwickelten Grundsätze zur Beurteilung der Handelbarkeit¹⁴⁹.

¹³⁸ Vgl. *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 43.

¹³⁹ *Actas y Documentos de la Comisión I Y II* S. 29 f. – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II.

¹⁴⁰ Genfer Abkommen über Bestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Wechselprivatrechts vom 7. 6. 1930 und Genfer Abkommen über Bestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Scheckprivatrechts vom 19. 3. 1931.

¹⁴¹ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 43.

¹⁴² *Czernich/Heiss-Nemeth* Art. 1 Rn. 33. Handelbare Wertpapiere sind echte Inhaberpapiere und Orderpapiere.

¹⁴³ *Lagarde*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991), 287, 296; Denkschrift zum Übereinkommen BT Drucksache 10/503, S. 21, 23.

¹⁴⁴ Die Frage, welche Verpflichtungen dies genau sind, ist freilich umstritten: Unbestritten ist zunächst, dass die sachenrechtlichen Aspekte der Übertragungsarten außer Betracht bleiben (*Czernich/Heiss-Nemeth* Art. 1 Rn. 34 m.w.N.). Über dies hinaus vertritt eine enge Auffassung (insb. *Soergel-von Hoffmann* Art. 37 EGBGB Rn. 36), dass nur diejenigen schuldrechtlichen Auswirkungen ausgeschlossen werden, die sich aus der speziellen Funktion der Wertpapiere ergeben (insbesondere ihrer Verkehrsfähigkeit, etwa den Erwerb vom Nichtberechtigten, die Rechtsscheinhaftung und den Einwendungsausschluss). Demgegenüber vertritt der BGH, IPRax 1988, 26, 26 zwecks Vermeidung einer Statutenspaltung die Auffassung, dass alle Ansprüche aus dem Papier, die aus der Übertragungsfunktion folgen, ausgeschlossen sind, also auch Schadensersatz- und Herausgabeansprüche, Gerichtsstands- und Rechtswahlklauseln.

¹⁴⁵ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 43.

¹⁴⁶ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 43.

¹⁴⁷ *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 152 f.

¹⁴⁸ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 43.

¹⁴⁹ *Czernich/Heiss-Nemeth* Art. 1 Rn. 33.

Die entsprechenden Bestimmungen der Konvention von Mexiko (Art. 5 lit. c) und d)) sorgten bei den Beratungen für viel Diskussion¹⁵⁰. Art. 5 lit. c) schließt in seiner spanischen Fassung „las obligaciones provenientes de títulos de crédito“, bzw. in Englisch „obligations deriving from securities“ aus. Dabei sollten sich aus Wertpapieren ergebende Schuldverhältnisse ausgeschlossen werden¹⁵¹. Es geht allein um die Verpflichtung aus dem Wertpapier, nicht um vertragliche Verpflichtungen, die das Wertpapier zum Gegenstand haben (diese können aber von Art. 5 lit. d) ausgeschlossen sein)¹⁵². Fraglich ist allerdings, welche Art von Wertpapier damit gemeint ist, denn die Begriffe „securities“, „título de crédito“ und französisch „créance négociable“ sind nicht deckungsgleich. Insbesondere der Begriff der „securities“ bezieht sich auf Wertpapiere mit Unternehmensbezug wie beispielsweise Aktien oder auch Inhaberschuldverschreibungen von Unternehmen¹⁵³. Diese Unstimmigkeit ist bei den Beratungen durchaus deutlich geworden¹⁵⁴. Daher wurde auch beschlossen, in der englischen Fassung den Begriff „negotiable instruments“ zu verwenden, der dem spanischen „título de crédito“ entspricht¹⁵⁵. Dieser Schluss wird ferner dadurch nahegelegt, dass *Parra-Aranguren*, der Leiter des ersten Komitees, in einem Aufsatz über die Konvention diese an besagter Stelle mit dem englischen Wortlaut „obligations deriving from negotiable instruments“ zitiert¹⁵⁶. Daraus ergibt sich, dass der englische Begriff „securities“ in Art. 5 lit. c) unzutreffend ist. Ferner wird aus den Beratungsprotokollen deutlich, dass der Ausschluss sich am EVÜ orientieren sollte, also an dessen Art. 1 lit. c). „Negotiable instrument“, also ein begebbares Wertpapier, ist definiert als „[a] written and signed promise or order to pay a specified sum of money on demand or at a definite time payable to order or bearer“¹⁵⁷. Dies ist demnach maßgeblich für Art. 5 lit. c), und dass in der englischen Endfassung der Konvention nun doch „securities“ steht, kann nur als ein Redaktionsversehen angesehen werden. Auch Verträge über den Kauf von Aktien unterfallen daher der Konvention.

Grund für den Ausschluss war – neben der Auffassung, dass die Verpflichtung aus dem Wertpapier nicht in erster Linie vertragsrechtlich ist – das Bestehen der *Inter-American Convention on Conflict of Laws Concerning Checks*¹⁵⁸ sowie der *Inter-American Convention on Conflict of Laws Concerning Bills of Exchange, Promissory Notes and Invoices*¹⁵⁹. Daher sollte das Thema nicht erneut aufgenommen werden¹⁶⁰. Ein weiterer Grund war, dass Wert-

¹⁵⁰ Vgl. Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 30 ff., 113 ff. – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II.

¹⁵¹ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 380.

¹⁵² *Herbert*, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 45, 52; *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 33.

¹⁵³ Vgl. Black's Law Dictionary Abridged S. 942.

¹⁵⁴ Siehe etwa: Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 30-35 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II.

¹⁵⁵ Report of the Rapporteur of Committee I Regarding the Law Applicable to International Contracts, OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1 S. 2; vgl. auch *Becher*, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil I Spanisch – Deutsch, S. 1338 ff.; *Fresnedo de Aguirre*, Rev.Transp.Seguros 8 (1995), 157, 161.

¹⁵⁶ *Parra-Aranguren* in E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz, S. 299, 307; ebenso: *Fresnedo de Aguirre*, An.Der.Com. 7 (1996), 191, 197; *Fresnedo de Aguirre*, Rev.Transp.Seguros 8 (1995), 157, 161.

¹⁵⁷ Black's Law Dictionary Abridged S. 719.

¹⁵⁸ Vom 13. 1. 1975 und vom 8. 5. 1979.

¹⁵⁹ Vom 13. 1. 1975.

¹⁶⁰ *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 33.

papiere international weitgehend vereinheitlicht sind, weshalb eine genauere Bestimmung des anwendbaren Rechts für nötig gehalten wurde, als es die allgemeinen Formeln der Konvention leisten können¹⁶¹.

Eine andere Stoßrichtung hat demgegenüber Art. 5 lit. d) Konvention von Mexiko, der ihre Anwendbarkeit auf Kauf, Übertragung und Veräußerung von Wertpapieren behandelt. Wieder taucht das gleiche Problem wie in Art. 5 lit. c) auf, nämlich eine Diskrepanz zwischen den sprachlichen Fassungen. Dies überrascht nicht, denn Art. 5 lit. c) und 5 lit. d) wurden gemeinsam beraten. In diesem Fall spricht die spanische Fassung von „las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores“, während die englische Fassung lapidar „obligations deriving from securities transactions“ vom Anwendungsbereich ausschließt. Das Problem stellt sich nicht mit gleicher Schärfe wie in Art. 5 lit. c), denn der Begriff des „título“¹⁶² entspricht – anders als der des „título de crédito“ – dem englischen „securities“. Es fehlt demnach in der englischen Fassung nur eine Aufzählung der Transaktionen wie Kauf, Übertragung oder Vermarktung, die in der spanischen Fassung enthalten ist. Dies widerspricht zwar der Beschlusslage¹⁶³ und auch der Fassung der Konvention von der *Parra-Aranguren* in seinem Aufsatz ausgeht¹⁶⁴. Dennoch ist dieser Unterschied hier nicht relevant, denn der Begriff der „transactions“ umfasst die in der spanischen Aufzählung genannten Transaktionen.

Von potenziell größerer Bedeutung ist allerdings, dass die spanische Konventionsfassung den Zusatz „en los mercados de valores“ enthält, also auf Transaktionen in Wertpapiermärkten beschränkt ist, während die englische Fassung keinen solchen Zusatz enthält. Die spanische Fassung könnte dahingehend verstanden werden, dass nur Börsengeschäfte vom Anwendungsbereich der Konvention ausgenommen sein sollen¹⁶⁵. Dagegen spricht aber schon der Wortlaut: Der englische ist mit „securities transactions“ oder eben „sale, transfer or marketing of securities“ ohnehin offen hinsichtlich des Transaktionsortes. Aber auch der spanische Wortlaut ist weiter, denn er nennt „mercados de valores“, also Wertpapiermärkte, und eben nicht „la bolsa“, die Börse. Aus den Diskussionen im ersten Komitee ergibt sich, dass die Begriffe „mercado de valores“ und „bolsa“ nicht übereinstimmen, sondern „mercado de valores“ Börsentransaktionen zwar einschließt, aber nicht auf diese beschränkt ist¹⁶⁶. Der Berichterstatter des Ersten Komitees erläutert zu Art. 5 lit. d), dass „[u]nderlying this provision was the recognition that the above transactions [sale, transfer or marketing of securities, *der Verf.*] could be performed in a variety of institutions“¹⁶⁷. Es wer-

¹⁶¹ Fletcher, Ga.J.Int'l & Comp.L. 26 (1999), 477, 486.

¹⁶² Vgl. etwa Real Academia Espanola, Diccionario de la Lengua Espanola, S. 1271.

¹⁶³ Report of the Rapporteur of Committee I Regarding the Law Applicable to International Contracts, OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1 S. 2.

¹⁶⁴ Parra-Aranguren in E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz, S. 299, 307 zitiert Art. 5 lit. d) mit „obligations deriving from the sale, transfer or marketing of securities“.

¹⁶⁵ So offenbar: Hernández-Bretón, IPRax 1998, 378, 380.

¹⁶⁶ Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 117 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II.

¹⁶⁷ Report of the Rapporteur of Committee I Regarding the Law Applicable to International Contracts, OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1 S. 2.

den somit alle Verpflichtungen, die aus dem Kauf, der Übertragung oder der Veräußerung von Wertpapieren entstehen vom Anwendungsbereich der Konvention ausgeschlossen, unabhängig davon, ob diese an der Börse stattfinden oder in einem anderen institutionellen Rahmen¹⁶⁸.

Zusammengefasst ergibt sich folgendes Bild: Vom Anwendungsbereich der Konvention von Mexiko sind im Unterschied zum EVÜ zum einen der Handel von Wertpapieren (im Sinne von „securities“ oder „títulos“) in Wertpapiermärkten, etwa der börsliche Handel, ausgenommen. Während das EVÜ Verpflichtungen aus Wechseln, Schecks und Eigenwechselln generell ausschließt, ist dies bei anderen handelbaren Wertpapieren nur insoweit der Fall, als es um Auswirkungen der spezifisch wertpapierrechtlichen Funktion geht¹⁶⁹. Die Konvention von Mexiko gibt sich hier einen etwas weiteren Anwendungsspielraum, was aus der Beschränkung auf „negotiable instruments“ resultiert. Auch bei diesen unterliegt allein die Verpflichtung aus dem Papier nicht der Konvention. Aufgrund der sprachlichen Ungenauigkeiten der Konvention von Mexiko und der damit verbundenen Unsicherheiten, welche Verträge bzw. vertragliche Verpflichtungen von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen sind, ist die klarere Lösung des EVÜ vorzugswürdig.

d) *Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen*

Art. 1 Abs. 2 lit. d) EVÜ schließt Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen vom Anwendungsbereich des Übereinkommens aus. Dies betrifft nur die jeweilige Vertragsklausel, die eine Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung beinhaltet, übrige Vertragsklauseln können dagegen dem EVÜ unterliegen¹⁷⁰. Der festgeschriebene Ausschluss betrifft nicht nur die verfahrensrechtlichen Aspekte, sondern auch das Zustandekommen, die Rechtsgültigkeit und die Wirkungen dieser Vereinbarungen¹⁷¹. Der Bericht zum Übereinkommen hält die Selbstverständlichkeit fest, dass solche Klauseln bei der Anwendung des Art. 3 Abs. 1 dennoch berücksichtigt werden können¹⁷². Von der Schiedsvereinbarung ist der Schiedsrichtervertrag zu unterscheiden, der als Werkvertrag dem Anknüpfungsmechanismus des EVÜ unterliegt¹⁷³.

Hinsichtlich solcher Vereinbarungen wurden im Verlauf der Beratungen zwei verschiedene Ansichten deutlich¹⁷⁴: Nach der einen sind derartige Vereinbarungen – für die

¹⁶⁸ So auch *Herbert*, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 45, 52, der Art. 5 lit. d) als eine Beschränkung nach der Art des Verkaufsortes ansieht. Er sieht außerhalb von Wertpapiermärkten stattfindende Wertpapiertransaktionen als vom Anwendungsbereich der Konvention umfasst an; ebenso offenbar *Sosa* S. 110; *Santos Beldro*, El Derecho Aplicable, S. 33.

¹⁶⁹ Vgl. bereits oben, insb. Fn 144.

¹⁷⁰ *Cheshire/North* S. 548.

¹⁷¹ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 44.

¹⁷² *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 44; vgl. auch unten S. 117 ff.

¹⁷³ *Czernich/Heiss-Nemeth* Art 1. Rn. 40.

¹⁷⁴ *North* in *North – Essays in Private International Law*, S. 23, 36; siehe auch *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 43 f.; *Czernich/Heiss-Nemeth* Art 1. Rn. 36; *Cheshire/North* S. 548 f.

schon eine Vielzahl internationaler Übereinkommen¹⁷⁵ existieren – eher prozessrechtlicher als vertragsrechtlicher Natur. Nach der anderen, die besonders von der Delegation Großbritanniens vertreten wurde, war eine Regelung im EVÜ wünschenswert, da die vorhandenen Konventionen, zumal sie keine uniforme Geltung in den Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft haben, nicht die Frage des auf eine solche Klausel anwendbaren Rechts regeln. Im Ergebnis setzte sich die erste Gedankenschule mit dem Zugeständnis durch, dass vereinbart wurde, sich nach Fertigstellung des Übereinkommens diesem Problem erneut zuzuwenden. Diese Ausklammerung von Schieds- und Gerichtsstandsklauseln aus dem Anwendungsbereich des EVÜ führt zu einer Teilung des Vertrages: Auf die Schieds- oder Gerichtsstandsklausel findet unharmonisiertes nationales Kollisionsrecht Anwendung, auf den gesamten Rest des Vertrages die Kollisionsnormen des Übereinkommens. In der Praxis ist die Frage des auf die Klausel anwendbaren Rechts aber von geringer Relevanz, da durch die Schriftformerfordernisse – beispielsweise in Art. 17 EuGVÜ – regelmäßig kaum Einigungsprobleme auftauchen können¹⁷⁶. Die objektive Schiedsfähigkeit richtet sich nach einhelliger Auffassung ohnehin nach der *lex fori*¹⁷⁷.

Eine identische Regelung trifft Artikel 5 lit. e) Konvention von Mexiko, welcher ebenfalls Schieds- und Gerichtsstandsübereinkommen von deren Anwendungsbereich ausnimmt. Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit werden schon von der *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*¹⁷⁸ behandelt, die von der CIDPI-I verabschiedet wurde¹⁷⁹. Der Grund für den Ausschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen ist, dass das Mandat der OAS dieses Rechtsgebiet nicht umfasste, sondern vielmehr für eine spätere Konvention, angelehnt an das EuGVÜ, aufgehoben werden sollte¹⁸⁰.

e) *Internationales Gesellschaftsrecht*

Art. 1 Abs. 2 lit. e) EVÜ nimmt das internationale Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der juristischen Personen, vom Anwendungsbereich des Übereinkommens aus. In diesem Zusammenhang werden zur Verdeutlichung beispielhaft einige der ausgenommenen Rechtsfragen genannt¹⁸¹. Grund für die Ausnahme des lit. e) ist, dass die Materie im Rah-

¹⁷⁵ *North in North – Essays in Private International Law*, S. 23, 36 nennt die Genfer Konvention von 1927, die New Yorker Konvention von 1958 und das EuGVÜ; vgl. auch *Lagarde*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991), 287, 296.

¹⁷⁶ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 43.

¹⁷⁷ Czernich/Heiss-*Nemeth* Art 1. Rn. 38.

¹⁷⁸ Vom 13. 1. 1975.

¹⁷⁹ *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 33.

¹⁸⁰ Report of the Rapporteur (von *Siqueiros*): *The Law Applicable to International Contractual Arrangements*, CJI/SO/II/doc.6.91. S. 11, 13 Fn. 12 (Originaltext in spanisch).

¹⁸¹ Genannt sind „die Errichtung, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen sowie die persönliche gesetzliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Schulden der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person“. *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 44 f., zählen zur inneren Verfassung z.B. „die Einberufung von Gesellschaftsversammlungen, das Stimmrecht, die Beschlussfähigkeit, die Bestellung der Gesellschaftsorgane“. Unter Auflösung wird „entweder das in der Satzung oder im Gesellschaftsrecht geregelte Aufhören des Bestehens der Gesellschaft oder das Erlöschen der Gesellschaft durch Fusion oder durch einen ähnlichen Vorgang“ verstanden.

men der Europäischen Gemeinschaft einer gesonderten Behandlung unterliegen sollte¹⁸². Sachlich gilt der Ausschluss für alle unter das Gesellschaftsrecht fallenden Rechtsakte, nicht jedoch für solche, deren einziges Ziel die Begründung von Verpflichtungen zwischen den Gründern im Hinblick auf die Errichtung einer Gesellschaft ist¹⁸³. Auch von den fraglichen Gesellschaften selbst abgeschlossene Verträge können von dem Ausschluss umfasst sein, denn die Bestimmung der Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Gesellschaft unterliegt nicht den Regelungen des EVÜ¹⁸⁴. Die Überschreitung der gesetzlichen Befugnisse der Vertreter und Organe ist dagegen nicht von Art. 1 Abs. 2 lit. e) EVÜ, sondern von lit. f) erfasst¹⁸⁵.

Die entsprechende Vorschrift der Konvention von Mexiko ist Art. 5 lit. f), der Fragen des Gesellschaftsrechts einschließlich der Existenz, Rechts- und Geschäftsfähigkeit¹⁸⁶, Organisationsverfassung und Auflösung von Handelsgesellschaften und juristischen Personen im allgemeinen von ihrem Anwendungsbereich ausnimmt. Zu diesem Themengebiet bestehen zwei interamerikanische Konventionen, zum einen die *Inter-American Convention on Conflict of Laws Concerning Commercial Companies*¹⁸⁷ und zum anderen die *Inter-American Convention on the Personality and Capacity of Juridical Persons in Private International Law*¹⁸⁸. Während des Sachverständigentreffens in Tuscon wurde deutlich, dass Verträge über die Gründung von joint-ventures nicht unter die Ausnahme des lit. f) fallen, da diese Verträge nicht gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren seien. Dieser Punkt war den Teilnehmern so wichtig, dass sie ihn eigens im Bericht über das Sachverständigentreffen erwähnt sehen wollten¹⁸⁹. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass – wie im EVÜ – Handlungen und Vereinbarungen, die darauf zielen, die Beziehungen zwischen den Beteiligten, insbesondere den Gesellschaftsgründern, zu regeln, nicht unter diese Ausnahme fallen¹⁹⁰. Auch der Verkauf von Aktien fällt nicht unter die Ausnahme des Art. 5 lit. f) und ist damit insoweit

Hinsichtlich der Fragen von Rechts- und Handlungsfähigkeit sind die für die Gesellschaft vorgeschriebenen Einschränkungen umfasst, zum Beispiel beim Erwerb von Grundvermögen. Dagegen schließt lit. e) – zu lit. f) vgl. sogleich – die Überschreitung der Befugnisse der Gesellschaftsorgane nicht vom Anwendungsbereich des Übereinkommens aus.

¹⁸² *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 44; Czernich/Heiss-*Nemeth* Art. 1. Rn. 45 nennt in diesem Zusammenhang als Beispiele das EWG-Übereinkommen über die Anerkennung von Gesellschaften vom 29.2.1968 (noch nicht in Kraft getreten), die Verordnung über die Schaffung einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessensvereinigung (EWIV) und der Geänderte Vorschlag für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (*societas europea*).

¹⁸³ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 44; MünchKomm-*Martiny* Art. 37 Rn. 45 f.; dies wird damit begründet, dass Gründungsvorverträge nicht gesellschaftsrechtlich sondern (noch) schuldrechtlich zu qualifizieren seien, Staudinger-*Reinhart* Art. 37 Rn. 40. Daraus schließen die genannten Autoren, dass auch Gesellschaften ohne eigene Organisation (insb. Gelegenheitsgesellschaften) und Innengesellschaften (stille Gesellschaft) den Vorschriften des EVÜ unterliegen. Differenzierend danach, ob die Gesellschaft nach außen in Erscheinung tritt oder nicht Czernich/Heiss-*Nemeth* Art. 1. Rn. 3

¹⁸⁴ Czernich/Heiss-*Nemeth* Art. 1 Rn. 46; vgl. auch *Lagarde*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991), 287, 297; zu denken ist hier etwa an die „*ultra vires*“ Lehre.

¹⁸⁵ Czernich/Heiss-*Nemeth* Art. 1 Rn. 46; dazu s.u. 25 S. ff.

¹⁸⁶ Wie beim EVÜ umfasst dieser Ausschluss auch hier die Problematik des Handels *ultra vires*, *Veytia*, *Jurídica* 25 (1995-II), 383, 388.

¹⁸⁷ Vom 8. 5. 1979.

¹⁸⁸ Vom 24. 5. 1984.

¹⁸⁹ Report of the Meeting of Experts on International Contractual Arrangements, Tuscon, Arizona, November 11-14, 1992 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/14/93 S. 17 (Originaltext in spanisch).

¹⁹⁰ *Hernández-Bretón*, *IPRax* 1998, 378, 380.

vom Anwendungsbereich der Konvention umfasst, als Art. 5 lit. d) Konvention von Mexiko nicht entgegensteht¹⁹¹.

f) *Internationales Vertretungsrecht*

Art. 1 Abs. 2 lit. f) EVÜ schließt Teile des internationalen Vertretungsrechts von dessen Anwendungsbereich aus. Auch Fragen der Organvertretung sowie die rechtsgeschäftliche Vertretung juristischer Personen sind davon umfasst¹⁹². Der Ausschluss betrifft allein die Rechtsbeziehungen zwischen dem Vertretenen und etwaigen Dritten (speziell, ob der Geschäftsherr durch die Handlungen des vermeintlichen oder tatsächlichen Vertreters gebunden wird)¹⁹³. Das Übereinkommen umfasst hingegen die übrigen Rechtsbeziehungen, etwa die zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen sowie das Hauptgeschäft¹⁹⁴. Der Grund für diese Differenzierung ist, dass sich die Parteiautonomie im Verhältnis Geschäftsherr – dritte Partei kaum rechtfertigen lässt, während es im Verhältnis Geschäftsherr – Vertreter keine besondere Schutzbedürftigkeit gibt¹⁹⁵.

Die Konvention von Mexiko beschreitet dagegen einen anderen Weg und hält mit Art. 15 eine besondere Regelung für Fragen der Vertretung bereit¹⁹⁶. Der Schutzbedürftigkeit der potenziell verpflichteten Partei wird durch den Verweis auf Art. 10 Rechnung getragen¹⁹⁷. Art. 15 bezieht sich auch auf Fragen der Organvertretung¹⁹⁸, was aus dem spanischen Wortlaut¹⁹⁹ offensichtlich ist²⁰⁰. Aber auch der englische Wortlaut ist weit genug, um die Organvertretung zu umfassen²⁰¹. Die Aufnahme des Art. 15 in die Konvention erklärt sich durch die großen praktischen Probleme, die sich bei der gerichtlichen Durchsetzung internationaler Verträge durch häufig formal mangelhafte Vertretung ergeben²⁰². Art. 15 verfolgt damit das Ziel, die Sicherheit in Beziehungen mit ausländischen juristischen Personen zu erhöhen.

¹⁹¹ Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 34 (jedenfalls soweit keine zwingenden Bestimmungen i.S.d. Art. 11 entgegenstehen; anders aber für der Frage der Zulässigkeit und Auswirkungen des Kaufs eigener Anteile durch die Gesellschaft, hier regiert die *lex societatis*; Art. 5 lit d), schließt diejenigen Wertpapiertransaktionen vom Anwendungsbereich der Konvention von Mexiko aus, die in einem institutionellen Rahmen stattfinden, wie etwa den börslichen Handel, vgl. oben S. 19 ff.

¹⁹² Lagarde, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991), 287, 297; Czernich/Heiss-Nemeth Art 1. Rn. 49; MünchKomm-Martiny Art. 37 Rn. 48 m.w.N.

¹⁹³ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 45; in diesen Bereich gehören nach Czernich/Heiss-Nemeth Art 1. Rn. 52 m.w.N. etwa Fragen der Erteilung, des Bestehens, der Gültigkeit, des Umfangs, der Auslegung, des Erlöschens der Vollmacht, die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens, Fragen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht und die Vertretung ohne Vertretungsmacht.

¹⁹⁴ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 45.

¹⁹⁵ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 45.

¹⁹⁶ Näher dazu unten S. 187 ff.

¹⁹⁷ Näher dazu unten S. 187 ff. und S. 90 ff.

¹⁹⁸ So Hernández-Bretón, *IPRax* 1998, 378, 380.

¹⁹⁹ Art. 15: "Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica."

²⁰⁰ Davon ausgehend auch Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 34.

²⁰¹ Vgl: „ . . . si un mandatori puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.“ gegenüber „ . . . whether an agent can obligate its principal or an agency, a company or a juridical person.“

²⁰² Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 34.

g) *Trusts und vergleichbare Institutionen*

Art. 1 Abs. 2 lit. g) EVÜ schließt die „trusts“²⁰³ des Common Law von seinem Anwendungsbereich aus. Vergleichbare Institutionen des Civil Law können dem „trust“ gleichgestellt werden, soweit sie die gleichen Merkmale aufweisen²⁰⁴. Denkbar wäre dies bei dem teilweise noch existierenden Fideikommiss sowie der Dauertestamentsvollstreckung. Wie im Rahmen des internationalen Gesellschaftsrechts fallen auch hier vertragliche Rahmenvereinbarungen – etwa solche zwischen settlor und trustee – in den Anwendungsbereich des EVÜ²⁰⁵. Auch Verträge, die vom trustee abgeschlossen werden, können in den Anwendungsbereich der Konvention fallen²⁰⁶. Da in der Konvention von Mexiko eine vergleichbare Regelung fehlt, sind die genannten Institutionen, etwa der in Lateinamerika bekannte „fideicomiso“ von ihr umfasst.

h) *Internationales Verfahrens- und Beweisrecht*

In Art. 1 Abs. 2 lit. h) EVÜ wird letztlich das Verfahren und der Beweis, vorbehaltlich des Art. 14, vom Anwendungsbereich der Konvention ausgenommen. Art. 14 betrifft das auf die Frage gesetzlicher Vermutungen oder die Beweislast anzuwendende Recht sowie die Erbringung des Beweises eines Rechtsgeschäfts²⁰⁷.

Diese Materie erfuhr in der Konvention von Mexiko keine gesonderte Behandlung. Dies liegt daran, dass keine Sondervorschrift für den Beweis enthalten ist, sondern die klassische Ansicht, dass das Forum immer sein eigenes Verfahrensrecht anwendet, ohne Abstriche beachtet wird. Aufgrund der Bedeutung, die Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen auf den konkreten Ausgang eines Falles haben können, ist die Lösung des EVÜ vorzugswürdig.

i) *Versicherungsverträge*

Art. 1 Abs. 3 und 4 EVÜ betreffen Versicherungsverträge. Das Übereinkommen ist danach auf solche Versicherungsverträge nicht anwendbar, die in den Hoheitsgebieten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft²⁰⁸ belegene Risiken abdecken²⁰⁹. Grund für diesen Ausschluss ist die weitreichende Harmonisierung des internationalen Versicherungsrechts durch

²⁰³ Ein trust ist eine besondere Rechtsgestalt des Common Law, bei der die wirtschaftliche Nutzung des Eigentums nach Verfügung durch den settlor (die einem bestimmten Personenkreis – den beneficiaries – zugute kommen muss) von der rechtlichen Verfügungsgewalt (die dem trustee obliegt) getrennt ist.

²⁰⁴ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 45.

²⁰⁵ *Soergel-von Hoffmann* Art. 37 Rn. 9; *Czernich/Heiss-Nemeth* Art 1. Rn. 55.

²⁰⁶ *Cheshire/North* S. 550.

²⁰⁷ Näher dazu s.u. S. 185 ff.

²⁰⁸ *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 162 legt dar, dass Art. 1 Abs. 3 auch auf Versicherungsverträge anzuwenden ist, die ein in einem EWR-Mitgliedstaat (Lichtenstein, Norwegen, Island) belegenes Risiko abdecken. Grund dafür ist, dass sich die Rechtsharmonisierung kraft der Übernahmeverpflichtung im EWR-Vertrag auch auf die EWR-Staaten bezieht. Zudem ist in EG-Richtlinien enthaltenes Kollisionsrecht gemäß Art. 20 EVÜ vorrangig.

²⁰⁹ Kritisch dazu *Roth*, *VersR* 1993, 129, 138 f.; auch *Basedow/Drasch* *NJW* 1991, 785, 794.

EG-Richtlinien, welche das Kollisionsrecht der Erstversicherungsverträge mit Risikobelegenheit in der EG abschließend regeln²¹⁰. Für die Frage der Belegenheit sind nach Art. 1 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Art. 15 die Sachnormen der *lex fori* maßgeblich²¹¹, die allerdings ihrerseits den europäischen Richtlinienvorgaben zu entsprechen haben²¹². Art. 1 Abs. 4 trifft für Rückversicherungsverträge eine abweichende Regelung, indem er diese wiederum den Vorschriften des Übereinkommens unterwirft²¹³. Das Übereinkommen ist somit auf alle Rückversicherungsverträge und auf solche Erstversicherungsverträge anwendbar, die außerhalb der Europäischen Gemeinschaft belegene Risiken abdecken.

Eine entsprechende Regelung enthält die Konvention von Mexiko nicht. Ein Ausschluss von Versicherungsverträgen kann jedoch durch Art. 1 Abs. 3 erreicht werden (dazu siehe sogleich).

II. *Besondere Ausschlussmöglichkeiten*

Die Möglichkeit, den Anwendungsbereich über die vorgegebenen Ausnahmen hinaus in sachlicher oder persönlicher Hinsicht einzuschränken, bietet sich nur den Vertragsstaaten der Konvention von Mexiko, nicht jedoch denen des EVÜ. Im Gegensatz zum sachlichen Anwendungsbereich enthält dabei der persönliche Anwendungsbereich des EVÜ keinerlei Beschränkung: Es ist unabhängig von der Person der vertragschließenden Parteien immer dann anwendbar, wenn der sachliche und räumliche Anwendungsbereich eröffnet ist.

Die Konvention von Mexiko bietet ihren Vertragsstaaten in Art. 1 Abs. 3 und 4 diese Möglichkeit der weiteren Einschränkung des Anwendungsbereichs: Gemäß Abs. 3 S. 1 ist die Konvention zwar grundsätzlich auf Verträge anwendbar, die unter staatlicher Beteiligung geschlossen werden, die Vertragsparteien können ihre Anwendung aber durch eine dahingehende ausdrückliche Erklärung ausschließen. Eine solche ausdrückliche Erklärung in jedem einzelnen geschlossenen Vertrag ist überflüssig, wenn der Vertragsstaat gemäß Art. 1 Abs. 3 S. 2 bei Zeichnung, Ratifikation oder Beitritt zur Konvention erklärt, dass sie auf alle oder einzelne Kategorien von Verträgen, die unter Staatsbeteiligung geschlossen werden, keine Anwendung findet. Dieser Art. 1 Abs. 3 hat eine doppelte Bedeutung: Einerseits wird klargestellt, dass ein stillschweigender Ausschluss von Verträgen mit Staatsbeteiligung vom

²¹⁰ Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 298; Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 160.

²¹¹ Für Deutschland ist die Belegenheit in Art. 7 EGVVG geregelt. Danach ist bei unbeweglichen Sachen der Belegenheitsort dieser Sachen maßgeblich, bei Fahrzeugen der Zulassungsort, bei Reisen der Buchungsort, ansonsten, wenn der Versicherungsnehmer eine natürliche Person ist, sein gewöhnlicher Aufenthalt oder, wenn es sich um eine juristische Person handelt, der Ort an dem sich die Einrichtung befindet, auf die sich der Vertrag bezieht.

²¹² Art. 249 Abs. 3 EGV; maßgebend sind die Zweite Richtlinie Schaden (ABl. 1988 Nr. L 172/1), die Dritte Richtlinie Schaden (ABl. 1992 Nr. L 228/1), die Zweite Richtlinie Leben (ABl. 1990 Nr. L 330/50) und die Dritte Richtlinie Leben (ABl. 1992 Nr. L 360/1).

²¹³ Im Bereich der Rückversicherungsverträge ist strittig, ob bei objektiver Anknüpfung (nach Art. 4 Abs. 1 EVÜ) das Recht des Erstversicherungsvertrages anzuwenden ist (so etwa: Roth, Int.Vers.V.R., S. 590; Reithmann/Martiny-Schnyder Rn. 1110) oder ob an den Sitz des Rückversicherers anzuknüpfen ist (so: Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 164); vorrangig ist die Rechtswahl gemäß Art. 3 EVÜ.

Anwendungsbereich der Konvention nicht möglich ist, den Vertragsstaaten also ein späterer Rekurs auf dieses Argument verwehrt ist²¹⁴. Weiter trägt Abs. 3 dem Umstand Rechnung, dass in Lateinamerika teilweise ein rechtliches Sonderregime für Verträge des Staates mit Privaten gilt²¹⁵.

Ferner können die Vertragsstaaten der Konvention von Mexiko deren Anwendungsbereich auch über Art. 1 Abs. 4 eingrenzen. Sie können bei Ratifikation oder Beitritt zur Konvention erklären, dass die Konvention auf bestimmte Vertragsarten keine Anwendung findet. Wird dagegen keine solche Erklärung abgegeben, findet die Konvention auf alle Vertragsarten Anwendung²¹⁶.

In ihrer ursprünglichen Fassung des vorläufigen Entwurfs sah diese Bestimmung nur die Möglichkeit einer Beschränkung der Anwendbarkeit auf Handelsverträge vor²¹⁷. Wegen der geringen Bedeutung der Unterscheidung zwischen Handelsverträgen und privatrechtlichen Verträgen in den Ländern des Common Law wurde diese Fassung aber aufgegeben²¹⁸. Auch in den „acht Grundsätzen“ sowie im EVÜ findet sich keine Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und handelsrechtlichen Verträgen²¹⁹. Um dennoch eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Konvention zu erlauben – und um damit mögliche Ratifikationshemmnisse zu vermeiden – wurde auf Vorschlag der Vereinigten Staaten die jetzige allgemeinere Beschränkungsmöglichkeit eingefügt²²⁰, die den Vertragsstaaten nicht nur eine Begrenzung der Konvention auf Handelsverträge gestattet, sondern allgemeiner zulässt, dass auch andere Vertragsarten ihrem Anwendungsbereich entzogen werden. Die Vorschrift kann insbesondere für solche Vertragsarten Bedeutung erlangen, die, anders als im EVÜ, keine besondere Regelung erfahren haben: Etwa Versicherungsverträge, Verbraucherverträge und Arbeitsverträge²²¹. Wegen der Generalklausel des Art. 11 über zwingende Bestimmungen²²² gilt dies besonders für Verträge, die regelmäßig ein besonderes Schutzbefürfnis nach sich ziehen; zu nennen sind etwa Verbraucherverträge. Die weite Fassung dieser Möglichkeit, den Anwendungsbereich zu beschränken, birgt allerdings die Gefahr, dass die praktische Bedeutung der Konvention gemindert oder gar aufgehoben wird²²³.

Sowohl Art. 1 Abs. 3 als auch Abs. 4 Konvention von Mexiko erlauben es demnach, den Anwendungsbereich der Konvention einzuschränken. Zum Verhältnis dieser beiden Absätze zueinander vertritt *Parra-Aranguren*, unter dessen Leitung das erste Komitee tagte,

²¹⁴ *Burman*, Vand.J.Trandnat'l L. 28 (1995), 367, 380.

²¹⁵ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 386, der darauf hinweist, daß die bisherigen Vertragsstaaten Mexiko und Venezuela von der Möglichkeit des Art. 1 Abs. 3 S. 2 keinen Gebrauch gemacht haben.

²¹⁶ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 386, der darauf hinweist, daß auch hier Mexiko und Venezuela keine derartige Erklärung abgegeben haben.

²¹⁷ Vgl. den Text des Tuscon-Entwurfs: „*Cualquier Estado Parte, al momento de suscribir, ratificar o adherir a esta presente Convención podrá declarar que aplicará la misma a los contratos de naturaleza comercial exclusivamente.*“.

²¹⁸ *Fresnedo de Aguirre*, An.Der.Com. 7 (1996), 191, 196.

²¹⁹ *Fresnedo de Aguirre*, An.Der.Com. 7 (1996), 191, 196.

²²⁰ *Parra-Aranguren* in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum* Georges A. L. Droz, S. 299, 305.

²²¹ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 386.

²²² Vgl. unten S. 158 ff.

die Ansicht, dass die weite Fassung der „escape clause“ des Art. 1 Abs. 4 die Vorbehaltsmöglichkeit des Art. 1 Abs. 3 unnötig mache²²⁴. Dem ist indes nicht zuzustimmen, da beide Absätze einen eigenständigen Regelungsgehalt haben: Art. 1 Abs. 3 behandelt die Möglichkeit einer Begrenzung des Anwendungsbereichs nach den am Vertrag beteiligten Parteien. Dieser Ausschluss kann dann auf einzelne Vertragskategorien beschränkt werden, beispielsweise auf Arbeitsverträge mit einer Staatseinheit. Dagegen erlaubt Art. 1 Abs. 4, einige Vertragsarten ganz allgemein vom Anwendungsbereich der Konvention auszunehmen. Abs. 4 zielt auf den Inhalt, Abs. 3 primär auf die Parteien. Insofern besteht also durchaus ein Unterschied zwischen Art. 1 Abs. 3 und 4.

III. Öffentlich-rechtliche Verträge

Während öffentlich-rechtliche Verträge unzweifelhaft außerhalb des Anwendungsbereichs des EVÜ liegen²²⁵, ist die Situation bei der Konvention von Mexiko weniger deutlich. Während der Beratungen wurde die Frage diskutiert, ob Verträge öffentlichrechtlicher Natur (*de jure imperii*) in den Anwendungsbereich der Konvention fallen sollten, oder ob diese auf privatrechtliche Verträge (*de jure gestionis*) beschränkt werden sollte. Noch Art. 1 Abs. 3 des Tuscon Entwurfs sah vor, dass „[e]sta Convención no se aplicará a contratos celebrados entre Estados o contratos de naturaleza pública en los cuales el Estado o una agencia estatal o un organismo estatal sea Parte“²²⁶. Diese Beschränkung auf privatrechtliche Verträge hat demgegenüber im aktuellen Vertragstext keinen Niederschlag gefunden. Daraus wird geschlossen, dass die Konvention auch auf öffentlichrechtliche Verträge anwendbar ist, falls nicht von den Ausschlussmöglichkeiten des Art. 1 Abs. 3²²⁷ Gebrauch gemacht wurde²²⁸. Diese auf den ersten Blick eigenartig anmutende Einschätzung – der Kontext der Konvention legt nahe, dass nur privatrechtliche Verträge umfasst sein sollen – wird durch das mexikanische Zustimmungsgesetz vom 9. 5. 1996 erhärtet, welches unter Berufung auf Art. 1 erklärt, dass die Konvention auf öffentlichrechtliche Verträge keine Anwendung fin-

²²³ Parra-Aranguren in E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz, S. 299, 305.

²²⁴ Parra-Aranguren in E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz, S. 299, 305.

²²⁵ Philip in North, Contract Conflicts, 81, 84 ff.

²²⁶ Proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Preparado por la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional celebrada en Tuscon, Arizona, del 11 al 14 de noviembre de 1993) – OEA/Ser.K./XXI.5 – CIDIP-V/15/93; Übersetzung: „[D]iese Konvention ist auf Verträge, die zwischen Staaten geschlossen werden, oder auf Verträge öffentlicher Natur, bei denen der Staat oder eine Staatseinheit oder eine Staatskörperschaft Vertragspartei ist, nicht anwendbar“ (Übersetzung des Verf.).

²²⁷ Vgl. oben S. 27 ff.

²²⁸ Fresnedo de Aguirre, An.Der.Com. 7 (1996), 191, 195 u. 196; Arcgani, Rev.Jur.Arg. La Ley 1996 A S. 1434, 1435; Operti Badán/Fresnedo de Aguirre S. 33; Fresnedo de Aguirre, Rev.Transp.Seguros 8 (1995), 157, 159; Sosa S. 107; Herbert, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 45, 50 f., der zudem als weiteres Argument nennt, dass auf eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Verträge privatrechtlicher Natur verzichtet wurde, weil die Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Verträgen in den Common Law Staaten Nordamerikas (USA und Kanada) Qualifikationsprobleme bereitet hätte; vgl. dazu auch den Hinweis der argentinischen Delegierten: Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 13 – OEA/Ser.K./XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II; a.A. demgegenüber Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 30, der davon ausgeht, dass die Konvention trotz des Wortlauts des Art. 1 Abs. 3 nur für privatrechtliche Verträge gilt. Als Begründung führt er Zitate aus dem Tuscon-Treffen an, geht aber nicht auf die Änderung des Wortlauts in Mexiko ein.

det²²⁹. Dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass die Vertragsstaaten von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Konvention auch auf öffentlichrechtliche Verträge ausgegangen sind.

IV. *Zwischenergebnis*

Auf der einen Seite sind zwar weniger Rechtsgebiete vom Anwendungsbereich der Konvention von Mexiko ausgenommen als vom EVÜ, was unter dem Aspekt der Rechtsvereinheitlichung positiv ist, da die Vereinheitlichung breiter angelegt ist. Die Regelung des Art. 15 Konvention von Mexiko betrifft überdies mit dem internationalen Vertretungsrechts ein Rechtsgebiet von immenser praktischer Bedeutung. Vor allem die Möglichkeit, den Anwendungsbereich der Konvention nach Art. 1 Abs. 3 und 4 einzuschränken, birgt aber die Gefahr in sich, dass der vereinheitlichende Effekt zu großem Teil wieder zunichte gemacht wird. Insbesondere besteht die Gefahr, dass die Konvention in verschiedenen Staaten mit unterschiedlichem Anwendungsbereich in Kraft tritt. Im Ausmaß solcher Abweichungen wird das Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs verfehlt.

§ 3 **Auslandsbezug und universelle Anwendung**

I. *Auslandsbezug in den Übereinkommen*

Der Anwendungsbereich beider Konventionen beschränkt sich auf Verträge mit internationalem Bezug, also auf solche, die „eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen“ (Art. 1 Abs. 1 EVÜ) oder die „internationale Verträge“ (nach Art. 1 Abs. 1 und 2 Konvention von Mexiko) sind. Eine solche Beschränkung der Anwendung von IPR ist international üblich²³⁰.

Es existieren zwei grundlegende Methoden zur Feststellung der Internationalität eines Vertrages: Zum einen die juristische und zum anderen die ökonomische Methode²³¹. Dabei favorisiert die beispielsweise in Frankreich gebräuchliche²³² ökonomische Methode eine weite Fassung von „international“: Nach ihr ist ein Vertrag international, wenn er Interessen des internationalen Handels berührt oder Transaktionen betrifft, die den Rahmen der rein

²²⁹ Diario Oficial de la Federación vom 14. 5. 1996 S. 3 f: *“Declaración: Los Estados Unidos Mexicanos declaran, con fundamento en el Artículo 1 de la Convención, que ésta no se aplicará a aquellos contratos a celebrarse por el Estado, sus entidades y organismos estatales, en los que actúa como ente soberano con potestad de derecho público, cuando la legislación mexicana prevenga la aplicación exclusiva del derecho nacional.”*; Samtleben, IPRax 1998, 385, 386 Fn. 2 weist aber darauf hin, dass eine entsprechende Erklärung nicht im Ratifikationstableau der OAS nachgewiesen ist.

²³⁰ W. Lorenz, IPRax 1987, 269, 271.

²³¹ Kaczorowska, Rev.Dr.Internat. et Dr.Comparé 1995, 204, 207; Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 36.

²³² Kaczorowska, Rev.Dr.Internat. et Dr.Comparé 1995, 204, 21; Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 43 m.w.N.

nationalen Wirtschaft verlassen²³³. Sie gewährt einen weiten Beurteilungsspielraum, der es erlaubt, alle Umstände des konkreten Falls in die Entscheidungsfindung einzubeziehen²³⁴.

Demgegenüber stellt die juristische Methode nicht auf wirtschaftliche Auswirkungen ab, sondern bestimmt die Internationalität eines Vertrages danach, ob Verbindungen zum Recht mehr als eines Staates bestehen²³⁵. Zur Feststellung solcher Verbindungen wird auf verschiedene, möglicherweise ins Ausland weisende Bezugspunkte abgestellt, die objektiv oder subjektiv sein können²³⁶.

1. *Auslandsbezug im EVÜ: Art. 1 Abs. 1*

Das EVÜ ist nach Art. 1 Abs. 1 dann anwendbar, wenn der Sachverhalt „eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten“ aufweist. Die Formulierung deutet eine grundsätzliche Offenheit sowohl gegenüber der ökonomischen als auch der juristischen Methode an. Nicht erforderlich ist indessen – was die universelle Natur des Übereinkommens als vollständigen Ersatz des nationalen internationalen Schuldvertragsrechts unterstreicht, – dass Verbindungen zum Recht verschiedener *Vertragsstaaten* bestehen.

Eine gewisse Konkretisierung erfährt die Formel durch das im Bericht von *Giuliano/Lagarde* aufgestellte Erfordernis, dass es sich um Sachverhalte handeln muss, die im Verhältnis zum internen sozialen Leben eines Landes eine oder mehrere Auslandsberührungen aufweisen, so dass die Rechtssysteme mehrerer Länder angewendet werden könnten²³⁷. Dies ist dann der Fall, wenn Sachverhaltselemente auf Abschluss- oder Erfüllungsebene, die als Anknüpfungspunkt einer Kollisionsnorm dienen können, in mindestens zwei Staaten zu lokalisieren sind²³⁸. Das Abstellen auf jeweils „ein“ Land führt zu einer Relativität

²³³ *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 36; *Kaczorowska*, *Rev.Dr.Internat. et Dr.Comparé* 1995, 204, 207.

²³⁴ *Kaczorowska*, *Rev.Dr.Internat. et Dr.Comparé* 1995, 204, 207.

²³⁵ *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 36; *Kaczorowska*, *Rev.Dr.Internat. et Dr.Comparé* 1995, 204, 208.

²³⁶ *Kaczorowska*, *Rev.Dr.Internat. et Dr.Comparé* 1995, 204, 214.

²³⁷ *Giuliano/Lagarde*, *BT Drucksache 10/503*, S. 33, 42; als Beispiele für solche Auslandsberührungen werden dort genannt: Die Tatsache, dass eine oder alle Vertragsparteien Ausländer oder im Ausland wohnhafte Personen sind, dass der Vertrag im Ausland abgeschlossen wurde, oder dass eine oder mehrere der Leistungen im Ausland zu erbringen sind; vgl. auch *von Bar* II Rn. 419, der darauf hinweist, dass immer „die spezifisch vertragsrechtliche Bedeutung der einzelnen Auslandskontakte auszuloten“ sei.

²³⁸ *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203, 208. Internationalität ist danach dann gegeben, wenn der Vertrag zwischen Parteien geschlossen wird, die in verschiedenen Staaten ansässig sind. Weiter dann, wenn die Vertragserfüllung eine grenzüberschreitende Wertbewegung bedingt oder auch dann, wenn der Abschlussort der Vertrages in einem anderen Staat liegt als im Sitzstaat, dem Staat der betroffenen Niederlassung oder dem des gewöhnlichen Aufenthalts der Parteien; weiter dagegen *Cheshire/North* S. 544 f.; nach *Sandrock*, *RIW* 1986, 841, 846 ist ein Vertrag international, wenn alternativ eines der folgenden vier Kriterien erfüllt ist:

- (i) Die Parteien (natürliche Personen) sind von unterschiedlicher Staatsangehörigkeit, obwohl sie möglicherweise ihren Wohnsitz im gleichen Staat haben.
- (ii) Die Parteien (natürliche Personen) haben in unterschiedlichen Staaten ihren Wohnsitz, obwohl sie möglicherweise die gleiche Staatsangehörigkeit besitzen. Die Parteien (Unternehmen) haben in unterschiedlichen Staaten ihren Sitz.
- (iii) Zwei (oder mehrere Parteien) von gleicher Nationalität und Wohnsitz, bzw. Sitz, in dem selben Staate schließen einen Vertrag über Vermögen, das sich nicht nur vorübergehend im Ausland befindet.
- (iv) Wie Grundfall (iii), aber (statt des Vermögens im Ausland): Der Erfüllungsort für eine der Hauptleistungen der Parteien befindet sich im Ausland.

der Internationalität²³⁹: Während es sich bei einem Vertrag in Staat A um einen nationalen Vertrag handeln kann, auf den das EVÜ nicht anwendbar ist, kann es sich in Staat B, sollte dieser – etwa durch Verzug einer der Parteien nach Vertragsschluss dorthin – Forumstaat werden, um einen internationalen Vertrag handeln, mit der Folge der Anwendbarkeit des EVÜ. Auch legt das EVÜ keinen fixen Zeitpunkt zugrunde, an dem der für dessen Anwendung erforderliche Auslandsbezug vorliegen muss. Die nach Art. 1 Abs. 1 erforderliche Auslandsberührung ist schon durch die Wahl eines anderen Rechts als der *lex fori* durch die Parteien gegeben. Dies ergibt sich aus dem ansonsten überflüssigen Art. 3 Abs. 3²⁴⁰. Wegen dieses sehr leicht zu erfüllenden Erfordernisses eines Auslandsbezugs ist es letztlich müßig, ob nach der ökonomischen oder der juristischen Methode verfahren wird. Verträge, die via Internet geschlossen werden, sind nicht schon allein wegen der Internationalität des Mediums internationale Verträge, da das EVÜ nicht auf das benutzte Vertragsabschlussmedium abstellt (es ist insofern technikneutral), sondern personen- oder transaktionsbezogen lokalisiert²⁴¹.

2. *Konvention von Mexiko, Art. 1 Abs. 2*

Der Konvention von Mexiko wurde nur ein kleinerer Anwendungsbereich als dem EVÜ zugestanden. Gemäß Art. 1 Abs. 1 findet sie nur auf „internationale“ Verträge Anwendung. Diese weite Formulierung wird aber sogleich durch die in Art. 1 Abs. 2 enthaltene Legaldefinition stark relativiert²⁴². Danach ist ein Vertrag nur dann international, wenn die Vertragsparteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben oder wenn der Vertrag objektive Verbindungen zu mehr als einem Vertragsstaat aufweist. Im Kontext anderer interamerikanischer Konventionen handelt es sich bei dieser Anwendbarkeitsbegrenzung um eine Ausnahme, die damit erklärt wird, dass die umstrittene Parteiautonomie nicht unbeschränkt gewährt werden sollte²⁴³.

Die Formulierung lässt eine Anlehnung an Art. 1 Abs. 1 UN-KaufR und Art. 1 lit. a) Haager Kaufrechtsübereinkommen erkennen²⁴⁴. Ebenso wie Art. 1 Abs. 1 UN-KaufR²⁴⁵ ist daher auch Art. 1 Abs. 2 Konvention von Mexiko dahingehend auszulegen, dass der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich bei der Beurteilung ist, ob die Vertragsparteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben oder ob der Vertrag objektive Verbindungen zu mehreren Vertragsstaaten aufweist. Anders als das EVÜ kennt die Konvention von Mexiko also keine Relativität der Internationa-

²³⁹ Vgl. *Lagarde*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 293 f.

²⁴⁰ Dazu s.u. S. 143 ff.

²⁴¹ *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203, 208 f. m.w.N. auch zur Gegenansicht.

²⁴² *Samleben*, IPRax 1998, 385, 386 spricht davon, daß Art 1 Abs. 2 vorgebe, „den Begriff des „internationalen Vertrages“ zu bestimmen. Tatsächlich enthält er die räumlichen Kriterien, von denen die Anwendung des Vertrages abhängt“.

²⁴³ *Lamm* S. 264.

²⁴⁴ *Levy Saavedra*, Rev.Jur.Perú 48 (1998), 315, 317.

lität eines Vertrages: Dieser weist entweder zum Vertragsabschlusszeitpunkt die geforderten Verbindungen zu verschiedenen Vertragsstaaten auf oder nicht, wobei es unerheblich ist, aus der Sicht welchen Staates diese Betrachtung vorgenommen wird.

Die Internationalität des Vertrages wird nach der juristischen Methode²⁴⁶ bestimmt, wobei mit dem Erfordernis einer Verbindung zum Recht mehrerer Vertragsstaaten ein sehr enges Konzept gewählt wurde. Verbindungen zum Recht von Drittstaaten eröffnen den Anwendungsbereich der Konvention nicht. Hinzuweisen ist an dieser Stelle darauf, dass auch Staaten außerhalb der Organisation Amerikanischer Staaten nach Art. 27 Konvention von Mexiko Vertragsstaaten werden können, nachdem die Konvention in Kraft getreten ist²⁴⁷.

Die Beschränkung auf den gewöhnlichen Aufenthalt, die Niederlassung oder andere objektive Verbindungen zum Recht mehrerer Vertragsstaaten wurde in Abkehr von der unbestimmteren Formulierung des EVÜ gewählt, um zu vermeiden, dass die Internationalität eines Vertrages „künstlich“ herbeigeführt werden kann²⁴⁸. Insbesondere die Parteiautonomie sollte nicht darüber entscheiden können, ob ein Vertrag international ist oder nicht²⁴⁹. Die sich hier widerspiegelnde restriktive Grundhaltung gegenüber der Parteiautonomie ist typisch für viele Staaten Lateinamerikas²⁵⁰.

a) *Der gewöhnliche Aufenthalt oder die Niederlassung; Art. 1 Abs. 2, erste Alternative*

Hinsichtlich der geographischen Kriterien des Art. 1 Abs. 2 (gewöhnlicher Aufenthalt oder Niederlassung) ergeben sich bei der Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts einer natürlichen Person keine besonderen Schwierigkeiten²⁵¹. Anders jedoch beim Kriterium der Niederlassung: Es fehlt ein Hinweis darauf, welche Niederlassung entscheidend ist, wenn mehrere existieren und was unter Niederlassung zu verstehen ist.

Zunächst stellt sich die Frage, auf welche Niederlassung abzustellen ist, wenn mehrere bestehen. Es bieten sich zwei Möglichkeiten: Zum einen kann auf den Hauptsitz der jeweiligen Partei (Hauptsitztheorie), zum anderen auf die jeweils am konkreten Vertragsabschluss beteiligte Niederlassung abgestellt werden (Bezugstheorie)²⁵². Aus der Entstehungsgeschichte der Konvention ergibt sich, dass der Bezugstheorie gefolgt werden sollte und die jeweils am Vertragsschluss beteiligte Niederlassung gemeint ist²⁵³. Im Bericht zum Sachverständigentreffen in Tuscon heißt es dazu:

²⁴⁵ Honsell-Siehr Art. 1 Rn. 10; Schlechtriem-Ferrari Art. 1 Rn 40 m.w.N.

²⁴⁶ S.o. S. 30 ff.

²⁴⁷ S.o. S. 15 ff.

²⁴⁸ Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 36.

²⁴⁹ Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 36.

²⁵⁰ Vgl. schon S. 9 ff.

²⁵¹ Pereznieto Castro, *Riv.Dir.Int.Priv.Proc.* 30 (1994), 765, 771; Dreyzin de Klor/Saracho Cornet, *Rev.Jur.Argent. La Ley* 1995-D, 1039, 1040 benennen den Vorteil eines Abstellens auf den gewöhnlichen Aufenthalt: Eine Person wird in ihrem tatsächlichen sozialen Umfeld verortet.

²⁵² Kaczorowska, *Rev.Dr.Internat. et Dr.Comparé* 1995, 204, 230 f.

²⁵³ Report of the Meeting of Experts on International Contractual Arrangements, Tuscon, Arizona, November 11-14, 1992 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/14/93 S. 37 (Originaltext in spanisch); *Actas y Documentos de la Comisión I*

„Regarding the second paragraph of Article 1, it was requested that this report contain a reference to the fact that if one party has commercial establishments in more than one State, the international nature of the contract will be determined on the basis of the establishment most closely connected with the contractual obligation for which the applicable law is being determined. There was agreement that this observation be included in the text of this article, but this proposal was rejected because the purpose of this provision was solely to determine the field of application of the Convention.“²⁵⁴

Dies entspricht auch der Regelung von Art. 14 Abs. 1 Haager Kaufrechtsübereinkommen, welches ebenso wie Art. 10 lit. a) UN-KaufR den glücklicheren Weg einer ausdrücklichen Klarstellung beschreitet²⁵⁵. Die Grundregel, dass auf die am Vertragsschluss beteiligte Niederlassung abzustellen ist, gilt auch dann, wenn es sich bei der fraglichen Partei um eine natürliche Person handelt: Sie kann neben dem gewöhnlichen Aufenthalt noch eine oder mehrere Niederlassungen haben. Es ist jeweils anhand des konkreten Vertrags zu ermitteln, worauf im Einzelfall abzustellen ist²⁵⁶.

Das zweite Problem in diesem Zusammenhang ist, welche Anforderungen an eine „Niederlassung“ zu stellen sind, insbesondere ob eine gewisse Permanenz erforderlich ist, oder ob beispielsweise ein Hotelzimmer, in dem der Vertragsschluss zustandegekommen ist, ausreicht, um eine Niederlassung im Sinne des Art. 1 Abs. 2 Konvention von Mexiko zu begründen²⁵⁷.

Die Mindestanforderungen an eine Niederlassung ergeben sich schon aus systematischer Auslegung der Konvention: Wenn in Art. 1 Abs. 2 die am konkreten Vertragsschluss beteiligte Niederlassung gemeint ist, ergibt sich daraus, dass sie unabhängig wesentliche juristische Handlungen vornehmen können muss²⁵⁸. Andernfalls könnte sie nicht selbst am konkreten Vertragsschluss beteiligt sein. Eine gewisse Autonomie ist folglich Voraussetzung. Daneben ergibt sich ein Erfordernis von Permanenz aus der Gleichstellung der Bedeutung der „Niederlassung“ mit dem „gewöhnlichen Aufenthalt“ in Art. 1 Abs. 2: Der gewöhnliche

Y II S. 12 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II; vgl. auch *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 379; *Fernández Arroyo*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 84 (1995), 178, 182; *Fresnedo de Aguirre*, Rev.Transp.Seguros 8 (1995), 157, 158; a.A. demgegenüber *Dreyzin de Klor/Saracho Cornet*, Rev.Jur.Argent. La Ley 1995-D, 1039, 1040, die den Anwendungsbereich der Konvention schon dann für eröffnet halten, wenn irgendwelche Niederlassungen der Parteien in verschiedenen Vertragsstaaten belegen sind, ohne dass es auf die wirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Niederlassung ankomme. Zu einer Einschränkung komme es nur über den Grundsatz des *bona fide*, wonach die Niederlassung wirklich und ernsthaft („real y sincero“) sein müsse.

²⁵⁴ Report of the Meeting of Experts on International Contractual Arrangements, Tuscon, Arizona, November 11-14, 1992 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/14/93 S. 37 (Originaltext in spanisch).

²⁵⁵ Das EVÜ stellt im Rahmen des Auslandsbezugs nicht ausdrücklich auf die Niederlassungen der Vertragsparteien ab, im Kontext des Art. 4 ist allerdings primär auf die Hauptniederlassung abzustellen (vgl. unten S. 60 ff.).

²⁵⁶ Vgl. *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 39 f.

²⁵⁷ Vgl. *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 37 ff, der sich bei seiner Auslegung des Begriffs der „Niederlassung“ an das UN-KaufR anlehnt.

²⁵⁸ Vgl. *Kaczorowska*, Rev.Dr.Internat. et Dr.Comparé 1995, 204, 231.

Aufenthalt setzt eine gewisse Permanenz voraus. Wenn diesem die Niederlassung in ihrer rechtlichen Bedeutung für die Anwendbarkeit der Konvention gleichgestellt wird, dann muss auch für die Niederlassung eine gewisse Permanenz erforderlich sein. Bei der Ermittlung der Niederlassungseigenschaft sind demzufolge das Permanenzkriterium und das Autonomiekriterium heranzuziehen²⁵⁹. Nicht entscheidend kann demgegenüber der rechtliche Status einer Niederlassung sein²⁶⁰. Auch ist es nicht erforderlich, dass es sich um eine kommerzielle Niederlassung handelt: Niederlassungen etwa von Universitäten oder Krankenhäusern sind von dem Begriff umfasst²⁶¹. Diese Auslegung des Niederlassungsbegriffs entspricht der des EVÜ sowie dem UN-KaufR²⁶², was der Zielvorgabe der international einheitlichen Auslegung (Art. 4 Konvention von Mexiko²⁶³) gerecht wird.

b) *Objektive Verbindungen zu mehreren Vertragsstaaten, Art. 1 Abs. 2, zweite Alternative*

Selbst wenn die Kriterien des Art. 1 Abs. 2, 1. Alternative nicht erfüllt sind, also der gewöhnliche Aufenthalt bzw. die Niederlassung der Parteien sich nicht in zwei verschiedenen Vertragsstaaten befinden, kann es sich dennoch nach dem allgemeinen Kriterium des Art. 1 Abs. 2, 2. Alternative um einen internationalen Vertrag im Sinne der Konvention handeln, nämlich wenn sonst „objektive Verbindungen“ zum Recht mehrerer Vertragsstaaten bestehen. Da es sich auch bei den geographischen Elementen des Art. 1 Abs. 2, 1. Alternative um objektive Kriterien handelt, ist die erste Alternative als eine die Praktikabilität erhöhende Erleichterung zur zweiten Alternative zu verstehen: Sind die regelmäßig leicht feststellbaren Erfordernisse der ersten Alternative erfüllt, muss nicht mehr nach weiteren objektiven Kriterien gesucht werden. Die in der ersten Alternative benutzte, international gebräuchliche Terminologie bietet zudem den Vorteil der Klarheit und der Schaffung von Vorhersehbarkeit und Uniformität²⁶⁴. Nur als ein solcher Hinweis auf regelmäßig unproblematisch feststellbare Kriterien zur Feststellung der Internationalität eines Vertrages hat die erste Alternative eine eigenständige Funktion. Inhaltlich sind der „gewöhnliche Aufenthalt“ oder die „Niederlassung“ in der zweiten Alternative mitenthalten.

Die Konvention enthält keine weiterführende Beschreibung dessen, was unter objektiven Anknüpfungspunkten zu verstehen ist. Deutlich ist allein die Abgrenzung zum EVÜ: Das Adjektiv „objektiv“ soll verhindern, dass die bloße Rechtswahl der Parteien ausreicht, um einen Vertrag zu „internationalisieren“²⁶⁵. Das Fehlen einer darüberhinausgehenden Erläute-

²⁵⁹ Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 38 m.w.N.

²⁶⁰ Vgl. Kaczorowska, *Rev.Dr.Internat. et Dr.Comparé* 1995, 204, 228.

²⁶¹ Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 41.

²⁶² Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 37 ff; zum Niederlassungsbegriff des UN-KaufR vgl. Bianca/Bonell-Jayme Art. 1 Ziff. 2.3.

²⁶³ Vgl. u. S. 48 ff.

²⁶⁴ Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 37.

²⁶⁵ Operti Badán/Fresnedo de Aguirre S.31, die darauf hinweisen, dass noch in den Vorentwürfen eine Formulierung enthalten war, die der des EVÜ entsprach: “. . . en las situaciones que impliquen un conflicto de

zung des Begriffs war kein Übersehen, sondern geschah in der Absicht, diese Frage auf den Richter zu übertragen²⁶⁶.

Die Auslegung des Begriffs der „objektiven Verbindungen“ ist von Bedeutung, da nach der jeweiligen Auslegung der Anwendungsbereich der Konvention enger oder weiter zu fassen ist. In seinem Bericht nennt *Siqueiros* als Beispiele für objektive Verbindungen den gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien, ihre Nationalität, den Ort des Vertragsabschlusses, den Erfüllungsort und den Lagerort der Güter²⁶⁷. Demnach wird als ausreichend angesehen, dass der Vertrag als solcher eine Verbindung mit einem anderen Vertragsstaat aufweist, während es nicht erforderlich ist, dass gerade die vertragliche Leistung durch die Verbindung zu mehreren Vertragsstaaten geprägt wird²⁶⁸. Nicht jede Verbindung zu den Parteien ist also subjektiv; ausgeschlossen sind allein die subjektiven Vorstellungen oder Wünsche der Parteien, wie etwa eine Rechtswahl²⁶⁹.

Dennoch bleibt die Konvention unklar, denn es wird nicht deutlich, welches Gewicht die objektiven Verbindungen haben müssen, besonders, ob sie von gleichem Gewicht wie in Art. 1 Abs. 2, 1. Alternative sein müssen, oder ob jede auch entfernte Berührung zu anderen Vertragsstaaten genügt²⁷⁰. Ebenso ist unklar, ob sich diese Verbindungen aus dem Text des Vertrages selbst ergeben müssen, oder ob auch die näheren Umstände des Vertrages von Bedeutung sind²⁷¹. Die Unklarheiten bergen die Gefahr in sich, dass die Konvention in verschiedenen Vertragsstaaten eine unterschiedliche Interpretation erfährt, weil die offene Formulierung es jedem Staat gestattet, seine bisherige Auffassung der Internationalität eines Vertrages aufrechtzuerhalten. Dieses Problem wurde bei den Beratungen bewusst in Kauf genommen, da eine Einigung auf gemeinsame Kriterien nicht in Sicht war²⁷². Als mögliche Lösung bietet sich nur Art. 4 an²⁷³.

Festzuhalten ist jedenfalls, dass subjektive Vorstellungen der Parteien ebenso wie eine bloße Rechtswahlklausel mangels anderer Verbindungen nicht ausreichen, um den Anwendungsbereich der Konvention zu eröffnen²⁷⁴. Dieser Ausschluss der Möglichkeit, einen

leyes. . .; Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 44; *Siqueiros* in *Contratación Internacional* S. 217, 220; *Fresnedo de Aguirre*, *Rev. Transp. Seguros* 8 (1995), 157, 158 (1995).

²⁶⁶ Report of the Meeting of Experts on International Contractual Arrangements, Tuscon, Arizona, November 11-14, 1992 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/14/93 S. 14 (Originaltext in spanisch); *Opertti Badán*, *Rev. Urug. DIP.* 1 (1994), 13, 26 sieht durch diesen Mangel die Gefahr gegeben, dass sich die Unterschiede, welche hinsichtlich des Begriffs des „internationalen Vertrags“ zwischen den Rechtsordnungen des Common Law und des Civil Law bestehen, perpetuieren.

²⁶⁷ The Law Applicable to International Contractual Arrangements (Bericht von *Siqueiros*), CJI/SO/II/doc.6.91 S. 11 (Originaltext in spanisch); in diesem Sinne auch: *Perezniesto Castro*, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.* 30 (1994), 765, 771 (1994); *Sosa*, S. 106.

²⁶⁸ *Samtleben*, *IPRax* 1998, 385, 386.

²⁶⁹ *Samtleben*, *IPRax* 1998, 385, 386.

²⁷⁰ So *Samtleben*, *IPRax* 1998, 385, 386.

²⁷¹ *Samtleben*, *IPRax* 1998, 385, 386.

²⁷² *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 44.

²⁷³ S.u. S. 48 ff.

²⁷⁴ *Samtleben*, *IPRax* 1998, 385, 386.

Vertrag qua Parteiwillen zu internationalisieren, geschah in bewusster Abkehr zu Art. 3 Abs. 3 EVÜ²⁷⁵ und war schon im ersten der acht „Grundsätze“ vorgesehen²⁷⁶.

II. *Loi Uniforme*

Art. 2 EVÜ charakterisiert dieses deutlich als eine *loi uniforme*: Das Übereinkommen hat universelle Geltung, da seine Kollisionsnormen nationales IPR verdrängen und zur Anwendung des Rechts von Nichtvertragsstaaten führen können. Es gilt in allen Vertragsstaaten mit Wirkung für und gegen jedermann²⁷⁷. Damit folgt das EVÜ dem Vorbild der Haager IPR-Konventionen²⁷⁸.

Ebenso bestimmt Art. 2 Konvention von Mexiko, dass das von der Konvention bestimmte Recht auch dann Anwendung findet, wenn es das Recht eines Nichtvertragsstaates ist. Die Anwendung des berufenen Rechts beruht also nicht auf Gegenseitigkeit und folgt damit dem vom EVÜ eingeschlagenen Weg²⁷⁹. Bei der Konvention von Mexiko handelt es sich um die erste interamerikanische Konvention, die diesbezüglich eine so weitgehende Lösung verfolgt²⁸⁰. Der von Art. 2 ausgedrückte universelle Gedanke ist für die Staaten Amerikas bedeutungsvoll, da dort bislang vielfach eine solch weite Fassung abgelehnt wurde²⁸¹.

Dennoch ist die Konvention von Mexiko, wie die enge Definition von „internationalen Verträgen“ in Art. 1 Abs. 2 klarstellt, keine *loi uniforme*, die das IPR der Vertragsstaaten verdrängt²⁸². Obschon von Art. 2 gestattet, wird wohl selten das Recht eines Drittstaates zur Anwendung kommen²⁸³, zumindest wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben. Der universelle Gedanke des Art. 2 wird durch Art. 1 Abs. 2 stark eingeschränkt, was *Arroyo* zu Recht als „paradox“ bezeichnet: Das auf einen Vertrag anwendbare Recht kann jedwedes Recht sein, aber nur dann, wenn der Vertrag Verbindungen mit mehreren Vertragsstaaten aufweist²⁸⁴.

²⁷⁵ *Herbert*, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 45, 48 f.; *Fresnedo de Aguirre*, An.de Der.Com. 7 (1996), 191, 195.

²⁷⁶ Vgl. oben Fn. 79.

²⁷⁷ Vgl. *Lüderitz*, IPR, Rn. 41.

²⁷⁸ *Lagarde*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 291.

²⁷⁹ *Parra-Aranguren* in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, S. 299, 306.

²⁸⁰ *Operti Badán*, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 13, 27.

²⁸¹ *Fernández Arroyo*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 84 (1995), 178, 181; *Fernández Arroyo*, Rev.Esp.Der.Int. 46 (1994), 929, 932.

²⁸² *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 386.

²⁸³ *Arcgani*, Rev.Jur.Arg. La Ley 1996 A S. 1434, 1439 schlägt daher vor, die Vorschriften der Konvention ohne diese Begrenzung neben ihrer Ratifikation auch in das interne IPR der Staaten aufzunehmen; *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 386 nennt als Beispiel für die Anwendung des Rechts eines Drittstaates ein mexikanisch-venezolanisches joint-venture in der kubanischen Tourismusindustrie, das kraft Rechtswahl oder nach seinem objektiven Schwerpunkt dem kubanischen Recht unterliegt.

²⁸⁴ *Fernández Arroyo*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 84 (1995), 178, 182.

§ 4 **Zeitlicher Anwendungsbereich**

Übereinstimmend sehen beide Konventionen ihre Anwendung nur auf Verträge vor, die nach ihrem Inkrafttreten geschlossen worden sind (Art. 17 EVÜ, Art. 19 Konvention von Mexiko). Dies entspricht Art. 28 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge²⁸⁵ (im folgenden: Wiener Vertragsrechtskonvention). Es kommt nur darauf an, dass das fragliche Übereinkommen im jeweiligen Forumstaat in Kraft ist, wegen Art. 2 beider Übereinkommen kommt es dagegen nicht darauf an, ob es auch im Staat der *lex causae* gilt²⁸⁶.

Im Rahmen der Konvention von Mexiko ist dieses alleinige Abstellen auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens im jeweiligen Forumsstaat nicht überzeugend: Zum einen müsste nach der Logik der Konvention vielmehr auf den Zeitpunkt abgestellt werden, an dem die Konvention zwischen den beteiligten Vertragsstaaten verbindlich geworden ist²⁸⁷. Die Konvention von Mexiko ist, anders als das EVÜ gerade keine *loi uniforme*. Wenn die Konvention nur auf Verträge Anwendung findet, die objektive Verbindungen zum Recht mehrerer Vertragsstaaten aufweisen, ist es nicht konsequent, hinsichtlich des zeitlichen Anwendungsbereichs wie Art. 19 Konvention von Mexiko nur auf einen Vertragsstaat abzustellen.

In diesem Zusammenhang sind auch die Vorschriften der Art. 28 Konvention von Mexiko, bzw. Art. 29 EVÜ, problematisch, nach welcher die Konventionen in den Vertragsstaaten am dreißigsten Tag nach Hinterlegung der Ratifikations- oder Beitrittsurkunde in Kraft treten. Es wird nicht deutlich, ob die Konventionen auch dann Anwendung finden sollen, wenn die innerstaatliche Umsetzung bis dahin noch nicht erfolgt ist²⁸⁸. Der Wortlaut der Übereinkommen bejaht dies, auch wenn sich dann erhebliche Konflikte mit dem Recht der Vertragsstaaten ergeben dürften.

Ein weiteres Problem, das sich bei beiden Übereinkommen stellt, ist das der Dauerschuldverhältnisse. Denkbar wäre eine Anwendung nur auf zukünftige Rechtsbeziehungen der Parteien²⁸⁹. Diese Lösung hat aber den Nachteil, dass in einem bestehenden Rechtsverhältnis eventuell unterschiedliche Rechtsordnungen zur Anwendung kommen. Ein solcher Wechsel des anwendbaren Rechts innerhalb eines Dauerschuldverhältnisses brächte nicht nur den Nachteil einer nachträglichen Transaktionskostenerhöhung mit sich, auch Rechtssicherheit wäre nicht gewährleistet. Die Übereinkommen sollten daher auf bereits existierende Dauerschuldverhältnisse nur im Falle einer Parteieinigung darüber Anwendung finden.

²⁸⁵ Vom 23. 5. 1969.

²⁸⁶ Zum EVÜ: Czernich/Heiss-Czernich Art. 17 Rn. 3.

²⁸⁷ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 387 und Fn. 14.

²⁸⁸ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 387 zur Konvention von Mexiko; in Fn. 15 wird auf das Beispiel Mexikos verwiesen: Dort wurde die Konvention erst im Diario Oficial vom 1. 6. 1998 offiziell verkündet, obgleich die Ratifikationsurkunde schon am 15. 11. 1996 hinterlegt worden ist.

²⁸⁹ So für die Konvention von Mexiko: *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 387.

§ 5 **Subsidiaritätsklauseln**

Beide Übereinkommen erfahren eine erhebliche Einschränkung ihres Anwendungsbereichs durch Subsidiaritätsklauseln. Nach diesen treten die Übereinkommen hinter gewisse andere internationale Regelwerke zurück. Die Konventionen enthalten solche Subsidiaritätsklauseln jeweils für zwei unterschiedliche Situationen: Zum einen für den Fall, dass Kollisionsnormen im Rahmen regionaler Integrationsprozesse verabschiedet werden. Zum anderen erklären die Übereinkommen sich subsidiär gegenüber Regelungen in anderen internationalen Übereinkommen, die das internationale Vertragsrecht betreffen.

I. *Subsidiarität gegenüber regional vereinheitlichenden Regelwerken*

Art. 20 EVÜ legt den Vorrang des Europäischen Gemeinschaftsrechts fest. Vorrangig sind danach Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaften (also der EG, vormals EWG, EAG und EGKS), die Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse enthalten²⁹⁰. Diese Vorschrift hat ausschließlich deklaratorische Bedeutung, da eine Beeinträchtigung von EG-Recht durch das EVÜ nur unter Einhaltung des Vertragsänderungsverfahrens nach dem damaligen Art. 236 EGV möglich gewesen wäre²⁹¹. Vom Vorrang des Art. 20 sind nicht nur unmittelbare Rechtsakte von Organen der Europäischen Gemeinschaften umfasst, sondern auch das in Ausführung dieser Rechtsakte harmonisierte innerstaatliche Recht (wegen des „Quasi-Gemeinschaftscharakters“ einer solchen Rechts- oder Verwaltungsvorschrift)²⁹². Art. 20 begründet diesen Vorrang nicht nur für vor Inkrafttreten des EVÜ geltendes Gemeinschaftsrecht sondern auch für danach verabschiedete Gemeinschaftsrechtsakte²⁹³. Die Regierungen der Mitgliedstaaten haben in einer gemeinsamen Erklärung den Wunsch geäußert, dass derartige gemeinschaftlichen Rechtsakte mit den Vorschriften des EVÜ übereinstimmen sollen²⁹⁴.

Von wesentlicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Erweiterung der kollisionsrechtlichen Kompetenz der EG durch den Amsterdamer Vertrag (Art. 65 lit. b) EGV), auf den nicht nur die Reform des EVÜ²⁹⁵ gestützt werden soll, sondern in Zukunft auch darüber

²⁹⁰ Als Beispiele für europäische Rechtsakte, die Kollisionsnormen enthalten, nennt Czernich/Heiss-*Helmborg* Art. 20. Rn. 13 die Verordnungen über die Zulassung von Verkehrsunternehmen zum Abschluss von Kabotageverträgen (vom 25. 10. 1993), die Verordnung Nr. 1408/71, Art. 93, welche die Anerkennung schadensersatzrechtlicher Legalzession und Regressrechte regelt, die Entsenderichtlinie zur Gleichstellung von Arbeitnehmern, die Fernabsatzrichtlinie, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und die Timesharing-Richtlinie.

²⁹¹ Czernich/Heiss-*Helmborg* Art. 20 Rn. 1.

²⁹² *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 71

²⁹³ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 71.

²⁹⁴ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 71; die gemeinsame Erklärung ist abgedruckt unter BT Drucksache 10/503, S.19 f.; *Martiny*, ZEuP 5 (1997), 106, 109 m.w.N. weist aber darauf hin, dass durch die Vielzahl der so erlassenen Rechtsnormen und der Unterschiedlichkeit der Umsetzungen in die nationalen Rechte der „Vereinheitlichungseffekt des EVÜ wieder teilweise zunichte gemacht wird“.

²⁹⁵ Vgl. den Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrages über den Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. 1999 Nr. C 19/1, Teil II B II Nr. 40 lit. c.

hinausgehende kollisionsrechtliche Verordnungen²⁹⁶, wodurch sich neue Konfliktfelder ergeben können. Auch die unmittelbare Wirkung, die Richtlinien unter gewissen Umständen vom EuGH zugesprochen wird, könnte hier Bedeutung gewinnen²⁹⁷.

Die Art. 20 EVÜ entsprechende Vorschrift des Art. 20 Konvention von Mexiko, der erst nach langen Diskussionen beschlossen werden konnte²⁹⁸, behandelt das Verhältnis der Konvention zu anderen Staatsverträgen über die gleiche Materie, die im Rahmen von Integrationsprozessen abgeschlossen worden sind. Diese Verträge werden von der Konvention nicht berührt, unabhängig davon, ob sie in dem jeweiligen Vertragsstaat bei Inkrafttreten der Konvention von Mexiko schon in Kraft sind oder ob es sich um zukünftige Verträge handelt. Art. 20 verhindert dadurch, dass die Konvention Integrationsbemühungen, zu denken wäre an solche im Rahmen des MERCOSUR oder des NAFTA, entgegensteht.

Auch im Rahmen des Art. 20 Konvention von Mexiko ergeben sich Unterschiede zwischen der spanischen und der englischen Fassung. Nach der spanischen Fassung berührt die Konvention von Mexiko die Anwendbarkeit anderer internationaler Konventionen, die Normen mit gleichem Regelungsgegenstand enthalten, nicht, wenn eine Vertragspartei der Konvention von Mexiko auch Partei einer solchen Konvention ist oder wird, wenn diese im Rahmen von Integrationsprozessen geschlossen werden („cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración“). Die englische Fassung macht demgegenüber keinen Sinn²⁹⁹: Danach wird die Anwendbarkeit anderer Konventionen nicht berührt „insofar as they are pertinent, or those concluded within the context of integration movements“. Der Bericht des Berichterstatters des ersten Komitees macht deutlich, dass hier der Text der spanischen Fassung intendiert war³⁰⁰. Eine Anwendungsmöglichkeit des Art. 20 wird im Rahmen des MERCOSUR wegen der teils als zu vage empfundenen Fassung von Art. 9 diskutiert: Danach könnte ein spezielles Protokoll mit Hilfsanknüpfungen den Art. 9 mit seiner Klausel der „engsten Verbindung“³⁰¹ konkretisieren und damit ein bedeutendes Hindernis, das der Ratifikation der Konvention von Mexiko entgegensteht, beseitigen³⁰².

²⁹⁶ Vgl. Grabitz/Hilf-Röben Art. 65 EGV Rn. 8, Verordnungen sind danach außer für das Kollisionsrecht der vertraglichen Schuldverhältnisse auch für das der außervertraglichen Schuldverhältnisse sowie für das der Ehesachen geplant.

²⁹⁷ Vgl. Czernich/Heiss-Helmsberg Art. 20 Rn. 8 ff.

²⁹⁸ Parra-Aranguren in E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz, S. 299, 311.

²⁹⁹ Samtleben, IPRax 1998, 385, 387.

³⁰⁰ Report of the Rapporteur of Committee I Regarding the Law Applicable to International Contracts, OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1 S. 4 f.: „Article 20 was adopted with amendments which provided that other Conventions containing rules on the same subject matter to which a party to this Convention was or became a party would not thereby be affected, where those conventions were concluded within the content of integration processes.“

³⁰¹ S.u. S. 57 ff.

³⁰² Samtleben, RabelsZ 63 (1999) 1, 60.

II. Sonstige Subsidiarität

Das Verhältnis des EVÜ zu anderen völkerrechtlichen Übereinkommen ist in Art. 21 angesprochen. Danach gehen andere internationale Übereinkommen, denen ein Vertragsstaat angehört oder angehören wird, dem EVÜ vor. Ziel des Art. 21 ist die Ermöglichung einer stärkeren internationalen Vereinheitlichung der im EVÜ geregelten Rechtsmaterien³⁰³. Die von Art. 21 umfassten Verträge können sowohl sachrechts- als auch kollisionsrechtsvereinheitlichend sein³⁰⁴.

Art. 21 ist in Verbindung mit Artt. 23 bis 25 EVÜ zu sehen, die bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein Vertragsstaat neuen Übereinkommen beitreten kann³⁰⁵. Der in diesen Artikeln vorgesehene Notifikationsmechanismus greift in drei Fällen ein: Zum einen nach Art. 23, wenn ein Vertragsstaat neue Kollisionsnormen für eine bestimmte Gruppe von Verträgen einführen will, die in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen. Weiter nach Art. 24, falls ein Vertragsstaat nach Inkrafttreten des Übereinkommens einem anderen mehrseitigen Übereinkommen beitreten will, zumindest eines dessen Hauptziele eine international-privatrechtliche Regelung auf dem Gebiet des EVÜ ist. Nach Art. 25 findet das gleiche Verfahren statt, wenn bei einem anderen als den in Art. 24 genannten Übereinkommen (also solchen, deren Hauptzweck nicht die Vereinheitlichung des internationalen Schuldvertragsrechts ist³⁰⁶) ein Vertragsstaat der Auffassung ist, dass die erzielte Rechtsvereinheitlichung gefährdet wird.

Ist nach einer dieser Vorschriften das Notifikationsverfahren einzuleiten, so ist Mitteilung an den Generalsekretär des Rates der Europäischen Gemeinschaften zu machen. Innerhalb von sechs Monaten nach dieser Mitteilung kann jeder Unterzeichnerstaat beim Generalsekretär beantragen, Konsultationen einzuleiten, um zu einem Einvernehmen zu gelangen. Führen diese Konsultationen innerhalb von zwei Jahren (bzw. eines Jahres im Fall des Art. 24 EVÜ) zu keinem Ergebnis, kann die beabsichtigte Rechtshandlung vorgenommen werden. Im Fall des Art. 24 muss das genannte Verfahren nicht eingeleitet werden, falls es um ein völkerrechtliches Übereinkommen (oder um die Revision eines solchen Übereinkommens) geht, dem ein Vertragsstaat bereits angehört. Gleiches gilt, wenn es sich um ein im Rahmen der Gründung der Europäischen Gemeinschaften geschlossenes Übereinkommen handelt.

Die dem entsprechende Norm der Konvention von Mexiko ist Art. 6. Danach ist die Konvention auf solche Verträge nicht anwendbar, die eigenständigen Regelungen durch internationale Konventionen unterworfen sind, welche zwischen den Vertragsstaaten in Kraft sind. Diese gegenüber dem EVÜ engere Formulierung hat sachlich keine Auswirkungen, da

³⁰³ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 7.

³⁰⁴ Czernich/Heiss-Helmberg Art. 21 Rn. 2, als Beispiele werden das UN-KaufR (bei diesem kann aber nach seinem Art. 7 Abs. 2 bei Regelungslücken, die sich nicht aus den allgemeinen Grundsätzen des Übereinkommens selbst schließen lassen, Rückgriff auf durch nationales IPR berufenes Sachrecht genommen werden) sowie das CMR genannt.

³⁰⁵ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 71.

auch dessen Anwendbarkeit nur von solchen Übereinkommen berührt wird, mit denen sachliche Überschneidungen vorliegen. Staatsverträge über Spezialmaterien haben somit Vorrang auch vor der Konvention von Mexiko³⁰⁷.

Als Beispiele³⁰⁸ für solche Verträge sind das UN-KaufR, das Haager Kaufrechtsübereinkommen, das Genfer UN-Übereinkommen über die Stellvertretung im internationalen Warenkauf³⁰⁹, die Konvention von Ottawa über internationales Finanzierungsleasing und internationales Factoring³¹⁰ und die Interamerikanische Konvention über Verträge im Straßengüterverkehr³¹¹ zu nennen. Auch Spezialregelungen des *Código Bustamante* können so weitergelten³¹². Für die Zukunft ist an Übereinkommen betreffend Verbraucherverträge, Arbeitsverträge oder Warentransportverträge zu denken³¹³.

Eine zu strenge Orientierung am Wortlaut der Konvention würde Art. 6 hingegen weitgehend leer laufen lassen: Es kann nicht verlangt werden, dass die Staatsverträge über Spezialmaterien tatsächlich in allen Vertragsstaaten der Konvention in Kraft sind; vielmehr kann es – wie etwa im Falle des Art. 1 lit. b) UN-KaufR – sogar genügen, wenn sie nur von einem Vertragsstaat angenommen sind³¹⁴. Dies entspricht auch der Regelung von Art. 21 EVÜ. Nicht durchsetzen konnte sich der Vorschlag der Vereinigten Staaten, einen Notifikationsmechanismus wie im EVÜ einzuführen, um Klarheit darüber zu erhalten, welche anderen Konventionen Anwendung finden³¹⁵.

§ 6 Vorbehalte

I. Art. 22 EVÜ

Das EVÜ sieht die Möglichkeit der Vorbehaltseinlegung ausschließlich in Art. 22 Abs. 1 vor. Vorbehalte können nur hinsichtlich Art. 7 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 lit. e) eingelegt werden. Art. 7 Abs. 1 betrifft die Anwendung international zwingender Vorschriften eines Drittstaates³¹⁶. Ein dessen Anwendung ausschließender Vorbehalt wurde von Deutschland, Großbritannien, Irland und Luxemburg erklärt. Art. 10 Abs. 1 lit. e) unterwirft die Folgen der Nichtig-

³⁰⁶ Czernich/Heiss-Heiss/Nemeth Art. 25 Rn. 1.

³⁰⁷ Hernández-Bretón, IPRax 1998, 378, 380.

³⁰⁸ Hernández-Bretón, IPRax 1998, 378, 380 mit einigen weiteren Beispielen; Report of the Rapporteur of Committee I Regarding the Law Applicable to International Contracts, OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1 S. 5 Fn. 1.

³⁰⁹ Vom 17. 2. 1983.

³¹⁰ Vom 28. 5. 1988.

³¹¹ Vom 15. 7. 1989.

³¹² Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 21; vgl. auch Hernández-Breton IPRax 1998, 378, 380.

³¹³ Sosa S. 110.

³¹⁴ Samtleben, IPRax 1998, 385, 387.

³¹⁵ Vgl. Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 89 f., 102 f., – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II; Actas de las Sesiones Plenarias S.33 f. – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. I.; unzutreffend daher der Hinweis Burmans, dass bei Art. 6 wie bei Art. 20 eine Erklärung erforderlich sei, um den Anwendungsvorrang anderer Übereinkommen zu begründen. Er stützt sich auf die in I.L.M. 33 (1994), 732 ff. abgedruckte Fassung der Konvention von Mexiko, die in diesem Punkt unzutreffend ist; vgl. Burman, Vand.J.Trandnat'l L. 28 (1995), 367, 380.

keit eines Vertrages dem Vertragsstatut³¹⁷. Dagegen wurde von Großbritannien und Italien ein Vorbehalt erklärt. Der Grund dafür ist, dass in diesen Staaten Rückabwicklungsansprüche, selbst wenn sie ihre Ursache in einem Vertrag haben, nicht vertraglich qualifiziert werden³¹⁸.

Bis zum Übereinkommen von Funchal vom 18. 3. 1992³¹⁹ sah Art. 22 Abs. 2 EVÜ darüber hinaus die Möglichkeit vor, die Anwendung der Konvention auf bestimmte, in Art. 27 EVÜ genannte, Gebiete des Staatsterritoriums zu beschränken. Da das Übereinkommen von Funchal noch nicht in allen Mitgliedsstaaten in Kraft ist³²⁰, gelten die gemachten Erklärungen insoweit fort.

Diese sehr eingeschränkten Vorbehaltsmöglichkeiten haben den Vorteil, eine Rechtszersplitterung möglichst zu vermindern. In den Staaten, in denen das Übereinkommen in Kraft ist, gilt es weitestgehend mit gleichem Inhalt.

II. *Art. 21 Konvention von Mexiko*

Neben den speziellen Vorbehaltsklauseln der Art. 1 Abs. 3 und 4 Konvention von Mexiko³²¹ enthält Art. 21 eine generelle Vorbehaltsklausel. Diese unterscheidet die Konvention von Mexiko vom EVÜ, bei dem Vorbehalte nur hinsichtlich bestimmter Artikel zulässig sind.

Bei Zeichnung, Ratifikation oder Beitritt zur Konvention kann der jeweilige Staat Vorbehalte hinsichtlich einer oder mehrerer bestimmter Artikel formulieren. Das genaue Prozedere richtet sich nach den Artt. 19 ff. Wiener Vertragsrechtskonvention³²². Solche Vorbehalte sind nach Art. 21 Abs. 1 Konvention von Mexiko – der dahingehend Art. 19 lit. c) Wiener Vertragsrechtskonvention folgt – nur zulässig, wenn sie Ziel und Zweck der Konvention nicht widersprechen. Gemäß Art. 21 Abs. 2 Konvention von Mexiko können Vorbehalte jederzeit zurückgenommen werden. In diesem Fall endet die Wirkung des Vorbehalts am ersten Tag des dritten Monats nach Notifikation der Zurücknahme.

Die Kombination der speziellen mit der allgemeinen Vorbehaltsklausel des Art. 21 erlaubt den Vertragsstaaten die Ausübung einer individuellen Normselektion, die sich freilich im Rahmen des Art. 21 Abs. 1 bewegen muss. Die damit gewonnenen Flexibilität, die möglicherweise dem einen oder anderen Staat die Ratifikation erleichtert, hat den potenziellen Nachteil einen rechtlichen Flickenteppich zu generieren. Auch wird das Konventionsziel der Rechtsvereinheitlichung in dem Maße verfehlt, wie die Vertragsstaaten von der Möglichkeit der Vorbehaltseinlegung unterschiedlich Gebrauch machen. Allerdings treten diese Gefahren in abgeschwächter Form auch bei einer abschließenden – aber immerhin vier Punkte umfas-

³¹⁶ S.u. S. 155 ff.

³¹⁷ Vgl. unten S. 178 ff.

³¹⁸ Czernich/Heiss-Czernich Art. 10 Rn. 41.

³¹⁹ Heute in Kraft für Deutschland, Italien, die Niederlande, Portugal, Spanien, Frankreich und Großbritannien.

³²⁰ Vgl. oben S. 14 ff.

³²¹ Vgl. dazu oben S. 27 ff.

³²² Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 96 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II.

senden – Liste, wie sie Art. 21 Haager Kaufrechtsübereinkommen offeriert, auf. Bei den zwei speziellen Punkten des EVÜ ist sie demgegenüber weniger ausgeprägt.

§ 7 **Vergleich: Anwendbarkeit**

Schon bei der Anwendbarkeit der beiden Übereinkommen ergeben sich eine Reihe von Unterschieden. Während das EVÜ sieben Ratifikationen zu seinem Inkrafttreten voraussetzt, begnügt sich die Konvention von Mexiko mit zwei. Der sachliche Anwendungsbereich der Übereinkommen ist weitgehend deckungsgleich, wobei derjenige der Konvention von Mexiko geringfügig weiter ist. So umfasst sie auch das Gebiet der Trusts, der Versicherungsverträge und hält eine Regelung für das Vertretungsrecht vor. Dem engeren Anwendungsbereich des EVÜ liegt aber teilweise zugrunde, dass im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften Sonderregelungen für eine Reihe von Rechtsgebieten bestehen. Ferner umfasst die Konvention von Mexiko grundsätzlich auch öffentlich-rechtliche Verträge, wegen Art. 11 wird die Anwendbarkeit der Konvention bei diesen aber praktisch irrelevant bleiben. Dagegen umfasst die Konvention von Mexiko anders als das EVÜ weder gesetzliche Vermutungen und Beweislastregelungen, noch die Beweiserbringung. Dies ist nachteilig, denn derartige Regelungen haben, obschon sie prozessrechtlich qualifiziert werden, direkte Auswirkungen auf die konkrete Fallentscheidung. Sie sind so eng mit materiellrechtlichen Fragen verbunden, dass eine gemeinsame Regelung angezeigt ist.

Problematisch sind die vielen Ausschluss- und Vorbehaltsmöglichkeiten der Konvention von Mexiko in Art. 1 Abs. 3 und 4, sowie Art. 21. Diese sind als Kompensation für den Verzicht auf Sonderregelungen wie etwa beim EVÜ für Verbraucher- und Arbeitsverträge oder für Versicherungsverträge durch die EG zu sehen. Dennoch besteht die Gefahr, dass die Konvention in verschiedenen Staaten mit den verschiedensten Anwendungsbereichen in Kraft tritt. Dadurch kann der gewünschte vereinheitlichende Effekt wieder weitgehend aufgehoben werden. Dieser ist ohnehin schon dadurch stark eingeschränkt, dass die Konvention nur dann anwendbar ist, wenn objektive Verbindungen zum Recht mehrerer Vertragsstaaten bestehen. Die Konvention von Mexiko ist keine *loi uniforme*, sie trägt also nicht zu einer Vereinfachung von IPR-Regeln bei, sondern fügt dem Mosaik ein weiteres Teil hinzu. Schließlich sind die Unsauberkeiten bei der Übersetzung aus dem Spanischen zu kritisieren.

C. Auslegung der Übereinkommen

§ 1 Allgemeine Auslegungsgrundsätze

I. Die Auslegung des EVÜ

Die grundlegende Auslegungsregel des EVÜ findet sich in Art. 18, der entstehungsgeschichtlich von den Vorarbeiten zum späteren Art. 7 Abs. 1 UN-KaufR beeinflusst ist³²³. Abzugrenzen ist der die Auslegung des Übereinkommens betreffende Art. 18 EVÜ von Art. 10 EVÜ, der die Auslegung des jeweiligen Vertrags betrifft.

Nach Art. 18 muss bei Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Übereinkommens ihrem internationalen Charakter und dem Ziel einer einheitlichen Auslegung und Anwendung Rechnung getragen werden. Die Bestimmung soll verhindern, dass Vorschriften des Übereinkommens einfach wie entsprechende rein nationale Normen ausgelegt werden³²⁴. Ansonsten würde die erstrebte Rechtsvereinheitlichung in weitem Maße wieder aufgehoben: Wenn die Auslegung in verschiedenen Staaten zu verschiedenen Ergebnissen führt, ist wieder ein Anreiz zum forum shopping gegeben³²⁵. Um dies zu verhindern, räumt die Auslegungsregel des Art. 18 dem internationalen gegenüber dem internen Entscheidungseinklang Priorität ein, was weiter dazu führt, dass das Übereinkommen autonom auszulegen ist³²⁶.

Die dem EVÜ zugrundeliegende Auslegungsmethodik ergibt sich prinzipiell aus seinem Charakter als Völkerrechtsvertrag, der eine starke Nähe zum europäischen Gemeinschaftsrecht aufweist³²⁷. Der Auslegungskanon der Wiener Vertragsrechtskonvention (Artt. 31-33)³²⁸ – bzw. der dort niedergelegte Stand des Völkergewohnheitsrechts³²⁹ – findet also

³²³ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 70; Art. 7 Abs. 1 UN-KaufR: „Bei der Auslegung dieses Übereinkommens sind sein internationaler Charakter und die Notwendigkeit zu berücksichtigen, seine einheitliche Anwendung und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel zu fördern.“

³²⁴ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 70.

³²⁵ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 18 Rn. 1.

³²⁶ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 18 Rn. 1, 12.

³²⁷ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 18 Rn. 7-12. Obwohl sich das EVÜ anders als das EuGVÜ nicht explizit auf den EGV stützen kann, hat es doch eine Bedeutung im System des Gemeinschaftsrechts. Diese Funktion wird teilweise (vgl. Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 18 Rn. 9 m.w.N.) als „Ergänzung des Sekundärrechts“ bezeichnet. Der enge Zusammenhang zwischen Übereinkommen und Gemeinschaftsrecht ergibt sich neben der Präambel und der Parallelität der Vertragsparteien auch aus der inhaltlichen Verzahnung mit dem EuGVÜ, der Absicht dem EuGH Auslegungskompetenzen einzuräumen, der Entstehungsgeschichte, die stark von Organen der Gemeinschaften geprägt war, sowie der Einbeziehung dieser Organe in die Übereinkommensadministration; vgl. Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 18 Rn. 9 m.w.N.

³²⁸ *Art. 31 – Allgemeine Auslegungsregel*

(1) Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.

(2) Für die Auslegung eines Vertrags bedeutet der Zusammenhang außer dem Vertragswortlaut samt Präambel und Anlagen (a) jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde; (b) jede Urkunde, die von einer oder mehreren Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses abgefasst und von den anderen Vertragsparteien als eine sich auf den Vertrag beziehende Urkunde angenommen wurde.

(3) Außer dem Zusammenhang sind in gleicher Weise zu berücksichtigen (a) jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrages oder die Anwendung seiner Bestimmungen; (b) jede

grundsätzlich Anwendung³³⁰, muss aber aufgrund bedeutender Unterschiede zum klassischen völkerrechtlichen Vertrag modifiziert werden: Zum einen regelt das EVÜ nicht die Rechte und Pflichten von Staaten (*traité-contrat*), sondern legt Rechte und Pflichten von Privatpersonen fest (*traité-loi*); zum anderen weist es den schon in der Präambel zum Ausdruck kommenden engen Gemeinschaftsbezug auf³³¹. Diese Gemeinschaftsrechtsnähe, führt dazu, dass die Einbettung des EVÜ in das Gesamtsystem des Europarechts zu beachten ist, und daher anders als nach rein völkerrechtlichen Grundsätzen der Regelungsgehalt des Übereinkommens für sich allein nicht die alles dominierende Auslegungsmaxime darstellt³³².

Ausgangspunkt jeder Auslegung sowie deren äußerste Grenze ist die grammatische Auslegung, wobei die einzelnen Begriffe autonom nach ihrem natürlichen und üblichen Wortsinne im konkreten Zusammenhang auszulegen sind³³³. Wegen eventueller Bedeutungsunterschiede müssen dabei die verschiedenen authentischen Sprachen (Art. 33 EVÜ – allerdings wird davon ausgegangen, dass die französische Fassung den Willen der Verfasser am klarsten wiedergibt³³⁴) herangezogen werden (vgl. Art. 33 Wiener Vertragsrechtskonvention)³³⁵. Auch die Rechtsprechung des EuGH zu gleichen Begriffen im EuGVÜ ist übertragbar³³⁶. Aufgrund der erforderlichen autonomen Auslegung kommt daneben der Übereinkommenssystematik hohe Bedeutung zu. In diesem Rahmen kommt der gemeinschaftsrechtliche

spätere Übung bei der Anwendung des Vertrages, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht;(c) jeder in den Beziehungen zwischen den Parteien einschlägige Völkerrechtssatz.

(4) Eine besondere Bedeutung ist einem Ausdruck beizulegen, wenn feststeht, dass die Parteien dies beabsichtigt haben.

Art. 32 – Ergänzende Auslegungsmittel

Ergänzende Auslegungsmittel, insbesondere die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses, können herangezogen werden, um die sich unter Anwendung des Artikels 31 ergebene Bedeutung zu bestätigen oder die Bedeutung zu bestimmen, wenn die Auslegung nach Art. 31(a) die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt oder (b) zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt.

Art. 33 Auslegung von Verträgen mit zwei oder mehr authentischen Sprachen

(1) Ist ein Vertrag in zwei oder mehr Sprachen als authentisch festgelegt worden, so ist der Text in jeder Sprache in gleicher Weise maßgebend, sofern nicht der Vertrag vorsieht oder die Vertragsparteien vereinbaren, dass bei Abweichungen ein bestimmter Text vorgehen soll.

(2) Eine Vertragsfassung in einer anderen Sprache als einer der Sprachen, deren Text als authentisch festgelegt wurde, gilt nur dann als authentischer Wortlaut, wenn der Vertrag dies vorsieht oder die Vertragsparteien dies vereinbaren.

(3) Es wird vermutet, dass die Ausdrücke des Vertrages in jedem authentischen Text dieselbe Bedeutung haben.

(4) Außer in Fällen, in denen ein bestimmter Text nach Absatz 1 vorgeht, wird, wenn ein Vergleich der authentischen Texte einen Bedeutungsunterschied aufdeckt, der durch die Anwendung der Art. 31 und 32 nicht ausgeräumt werden kann, diejenige Bedeutung zugrunde gelegt, die unter Berücksichtigung von Ziel und Zweck des Vertrages die Wortlaute am besten miteinander in Einklang bringt.

³²⁹ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 18 Rn. 8, Fn. 27.

³³⁰ A.A. Reinhart, RIW 1994, 445, 447 m.w.N., der die nationalen Auslegungsregeln anwenden will, diese aber um die Methode der Rechtsvergleichung erweitert.

³³¹ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 18 Rn. 8.

³³² Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 18 Rn. 12; zur europaorientierten Auslegung nationalen Rechts allgemein *Samtleben*, *RebelsZ* (45) 1981, 218, 248; zur europarechtskonformen Auslegung *Roth* in *Reichert-Facilides*, 1, 28 f.; *Reichert-Facilides/Jessurun d'Oliveira-Roth*, 59, 59 ff.

³³³ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 18 Rn. 13, 14.

³³⁴ *Gamillscheg*, *ZfA* 1983, 307, 314; *Junker*, *IPRax* 1989, 69, 73.

³³⁵ *MünchKomm-Martiny* Art. 36 EGBGB Rn. 16 spricht gar davon, dass „die Berufung auf nur einen Wortlaut unzulässig ist; es ist nach einem einheitlichen Sinn des Vertrages zu forschen.“

³³⁶ *Cheshire/North* S. 542; Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 18 Rn. 29 f. m.w.N.; gleiche Begriffe sind danach etwa: „Vertragliche Schuldverhältnisse“, bzw. „Vertrag“, „Arbeitsvertrag“, „Verbraucher“ und „Dienstleistung“.

Bezug des EVÜ zum tragen³³⁷. Sehr problematisch und allenfalls in engen Grenzen³³⁸ zulässig sind demgegenüber wegen der staatsvertraglichen Natur des Übereinkommens Analogien³³⁹, da völkerrechtlich grundsätzlich gilt, dass die Parteien eines völkerrechtlichen Vertrages den Umfang ihrer gegenseitigen Bindung durch den Vertrag selbst begrenzt haben³⁴⁰. Die nach Art. 31 der Wiener Vertragsrechtskonvention bedeutendste Auslegungsmethode ist die teleologische Auslegung, die Orientierung an Sinn und Zweck einer Norm. Neben der *ratio legis* der einzelnen Norm und dem in der Präambel und Art. 18 EVÜ postulierten Ziel der Rechtsvereinheitlichung sind die Maximen der Vermeidung des forum shopping, des *favor integrationis* sowie des *effet utile* zu beachten³⁴¹. Auch eine rechtsvergleichende Auslegung, also etwa eine Berufung auf in anderen Staaten ergangene Urteile, ist vorzunehmen³⁴². Im Rahmen der genetischen Auslegung ist der Bericht von *Giuliano* und *Lagarde* zur Auslegung heranzuziehen³⁴³. Zwar genießt die genetische Auslegung nach Art. 32 Wiener Vertragsrechtskonvention nur eine Ergänzungsfunktion, da diese sich im Grundsatz der objektiven Interpretation, also des vorrangigen Abstellens auf den Vertragstext und nicht auf den subjektiven Willen der Vertragsstaaten verschrieben hat³⁴⁴, jedoch wird die genetische Auslegung im Rahmen des EVÜ regelmäßig stärker gewichtet³⁴⁵.

II. Institutionalisation im EVÜ

Eine Institutionalisation dieses Ziels der einheitlichen Auslegung wurde im Ersten Brüsseler Protokoll³⁴⁶ zum EVÜ vereinbart. Diese staatsvertragliche Lösung war erforderlich, weil das EVÜ (noch) nicht ausreichend ins Gemeinschaftsrecht eingebunden ist, um eine Auslegungskompetenz mittels der dort einschlägigen Normen zu begründen³⁴⁷. Sobald ein refor-

³³⁷ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 18 Rn. 16 f.

³³⁸ Meyer-Sparenberg S. 212, der darauf hinweist, dass Voraussetzung einer solchen Analogie nicht nur ist, dass „eine ungeregelt gebliebene Frage erkennbar vom Regelungsbereich eines Vertrages erfasst sein soll“, sondern darüber hinaus, dass auch das bestehende autonome Recht Regelungslücken aufweist, da nicht angenommen werden könne, dass der innerstaatliche Gesetzgeber über seine vertragliche Verpflichtung hinausgehen wollte; Mankowski, IPRax 1991, 305, 308 f. verlangt eine „sorgfältige rechtsvergleichende Umschau“.

³³⁹ Für eine Zulässigkeit in einem engen Rahmen etwa Mankowski, IPRax 1991, 305, 306 ff. m.w.N. auch zur Gegenansicht; für eine breitere Zulassung von Analogien etwa Reinhart, RIW 1994, 445, 440; die Problematik stellt sich besonders im Rahmen der sog. „Gran-Canaria-Fälle“, vgl. die Nachweise bei Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 42 ff.

³⁴⁰ Mankowski, IPRax 1991, 305, 208.

³⁴¹ Martiny, ZEuP 3 (1995), 67, 72; Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 18 Rn. 18; Reinhart, RIW 1994, 445, 450.

³⁴² Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 70; die Grenze liegt bei der Zumutbarkeit der Ermittlung solcher Entscheidungen, Reinhart, RIW 1994, 445, 450; Magnus, IPRax 1991, 382, 384 stellt klar, dass damit keine förmliche Bindungswirkung fremder Entscheidungen einhergeht; zur rechtsvergleichenden Auslegung im Völkerrecht vgl. Meyer-Sparenberg S. 110 m.w.N.

³⁴³ Basedow, NJW 1986, 2971, 2977; Palandt-Heldrich Art. 36 EGBGB Rn. 1; MünchKomm-Sonnenberger Einl. IPR Rn. 254 vertritt darüber hinaus, dass die Nichtberücksichtigung des Berichts in Deutschland als Verfahrensfehler gewertet werden könne; vgl. auch Reinhart, RIW 1994, 445, 451.

³⁴⁴ Meyer-Sparenberg S. 115, vgl. auch Bleckmann-Bleckmann Rn. 547.

³⁴⁵ Meyer-Sparenberg S. 114, Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 18 Rn. 20 m.w.N.

³⁴⁶ Vom 19. Dezember 1988.

³⁴⁷ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 18 Rn. 21.

miertes EVÜ wie vorgesehen als EG-Verordnung, also als sekundäres Gemeinschaftsrecht, in Kraft tritt, ergibt sich diese Auslegungskompetenz direkt aus dem EGV.

Der im Ersten Brüsseler Protokoll vorgesehenen Institutionalisierung liegt zugrunde, dass eine Rechtsvereinheitlichung nur dann zum gewünschten Ergebnis führt, wenn das Einheitsrecht auch einheitlich angewendet wird; Auslegungsdifferenzen würden hingegen den vom EVÜ verfolgten Zweck im Umfang der Differenz wieder vereiteln³⁴⁸. Eine gemeinsame Auslegungsinstanz bewirkt den gewünschten vereinheitlichende Effekt am ehesten.

Gemäß diesem Ersten Brüsseler Protokoll entscheidet der EuGH in zwei Verfahrensarten über die Auslegung des Übereinkommens: Zum einem nach einem Vorabentscheidungsverfahren (bei Entscheidungserheblichkeit) und zum anderen durch eine Stellungnahme im Interesse des Gesetzes unabhängig von einem konkreten Prozess. Die Vorlage an den Gerichtshof ist nach Art. 2 des Übereinkommens nicht zwingend, sondern fakultativ. Vorlageberechtigt sind neben den im Protokoll aufgeführten höchsten Gerichten alle Rechtsmittelinstanzen, im Rahmen der Stellungnahme im Interesse des Gesetzes die Generalstaatsanwälte bei den Kassationsgerichtshöfen oder jede andere von einem Vertragsstaat benannte Stelle. Das Protokoll ist jedoch noch nicht in Kraft getreten³⁴⁹.

III. Die allgemeine Auslegungsregel der Konvention von Mexiko: Art. 4

Die allgemeine Auslegungsregel der Konvention von Mexiko findet sich in Art. 4, der Art. 18 EVÜ entspricht: Bei Auslegung und Anwendung der Konvention von Mexiko ist ihr internationaler Charakter und die Notwendigkeit der Förderung einer einheitlichen Anwendung zu beachten. Die Bestimmungen der Konvention sind nicht unter Anwendung nationaler Auslegungsregeln zu konkretisieren, vielmehr sind sie autonom auszulegen³⁵⁰. Für die Auslegung gilt wieder der Auslegungskanon der Wiener Vertragsrechtskonvention, mit dem *caveat*, dass es sich auch hier um einen *traité-loi* und nicht um einen *traité-contrat* handelt, da die Konvention von Mexiko ebenso wie das EVÜ unmittelbar an Privatpersonen gerichtet ist und nicht Rechte und Pflichten von Staaten festlegt.

Art. 4 ist im Rahmen der Konvention von Mexiko von erheblicher Bedeutung, da institutionelle Vorkehrungen fehlen, die eine einheitliche Auslegung sicherer gewährleisten könnten³⁵¹. Insbesondere existiert kein dem EuGH vergleichbares Gericht, dem die letztinstanzliche Entscheidung über Auslegungsfragen übertragen werden könnte. Es obliegt daher primär der Wissenschaft, den notwendigen Informationsaustausch zu fördern³⁵².

³⁴⁸ Czernich/Heiss-Czernich/Heiss Einl. Rn. 6.

³⁴⁹ Zu einer „europafreundlichen Übergangslösung“ vgl. Reinhard, RIW 1994, 445, 452.

³⁵⁰ Levya Saavedra, Rev.Jur.Perú 48 (1998), 315, 319.

³⁵¹ Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 141; Samtleben, IPRax 1998, 385, 393; Veytia, Jurídica 25 (1995-II), 383, 386.

³⁵² Samtleben, IPRax 1998, 378, 393.

Die gewünschte einheitliche Auslegung soll nicht nur hinsichtlich der Anwendung der Konvention in den Vertragsstaaten gelten, sondern auch im Verhältnis zu anderen zwischenstaatlichen Übereinkommen³⁵³: In diesem Rahmen sind zunächst die anderen interamerikanischen IPR-Konventionen³⁵⁴ von Bedeutung. Ferner sollte aber auch eine einheitliche Auslegung beispielsweise mit dem EVÜ sowie dem Haager Kaufrechtsübereinkommen erreicht werden. Diese Maßgabe zur Interpretation erklärt sich dadurch, dass die Konvention von Mexiko durch Rechtsvergleichung entstanden ist³⁵⁵. Dass eine einheitliche Auslegung auch auf dieser Ebene angestrebt wird, ist von Bedeutung, um Rechtsbegriffe, die sich aus der Konvention oder ihrer Entstehungsgeschichte nicht eindeutig bestimmen lassen, mit Rückgriff auf ihre Verwendung in anderen internationalen Übereinkommen zu konkretisieren. An den Stellen, an denen die Konvention von Mexiko einen eigenständigen Weg beschreitet, beispielsweise beim Begriff des „internationalen Vertrages“³⁵⁶, muss indes eine eigenständige Interpretation Vorrang genießen. Ein typisches Anwendungsgebiet für Art. 4 ist hingegen der Begriff der „zwingenden Normen“, des „Renvoi“ oder der „Niederlassung“. Da institutionelle Vorkehrungen fehlen, handelt es sich bei Art. 4 jedoch nicht um mehr, als um eine „allgemeine Ermahnung ohne rechtliche Sanktion“³⁵⁷.

Für die Auslegung der Konvention von Mexiko ist weiter Art. 30 von Bedeutung, der in S. 1 vorschreibt, dass die englische, französische, portugiesische und spanische Fassung authentisch ist. Grundsätzlich ist demnach jede sprachliche Fassung von gleichem Gewicht für die Auslegung und kann alleine stehen (Art. 33 Wiener Vertragsrechtskonvention³⁵⁸). Problematisch hieran ist nur, wie vorzugehen ist, wenn sich Diskrepanzen zwischen den Fassungen ergeben, was aufgrund der teilweise fehlerhaften englischen Übersetzung³⁵⁹ gelegentlich der Fall ist. Da Spanisch die Arbeitssprache bei den Beratungen zur Konvention war – selbst die Dokumente auf dem Sachverständigentreffen in Tuscon wurden in dieser Sprache verfasst³⁶⁰ – und auch der den anderen Fassungen zugrundeliegende Text auf

³⁵³ Vgl. *Parra-Aranguren* in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, S. 299, 306 mit weiteren Beispielen.

³⁵⁴ Zu nennen sind etwa die Inter-American Convention on General Rules of Private International Law vom 8. 5. 1979; die Inter-American Convention on Conflicts of Laws Concerning Commercial Companies vom 8. 5. 1979, die Inter-American Convention on Domicile of Natural Persons in Private International Law vom 8. 5. 1979, die Inter-American Conventions on Conflict of Laws Concerning Checks vom 13. 1. 1975 und vom 8. 5. 1979, die Inter-American Convention on Conflict of Laws Concerning Bills of Exchange, Promissory Notes, and Invoices vom 13. 1. 1975, die Inter-American Convention on Personality and Capacity of Juridical Persons in Private International Law vom 24. 5. 1984 sowie die Inter-American Convention on the Legal Regime of Powers of Attorney to be Used Abroad. Die Konventionstexte und Informationen zu Unterzeichnerstaaten sowie die erfolgten Ratifikationen sind im Internet unter www.oas.org abrufbar.

³⁵⁵ Vgl. oben S. 6 ff.

³⁵⁶ Vgl. oben S. 32 ff.

³⁵⁷ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 393.

³⁵⁸ Vgl. oben S. 45 ff.

³⁵⁹ Siehe dazu die Hinweise an den jeweiligen Stellen im Text, insbesondere beim „Anwendungsbereich“ und *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 393, der darauf hinweist, daß neben inhaltlichen Bedenken (dazu: *Malloy*, *Fordham Int'l L. J.* 19 (1995), 662, 721 ff.) auch die fehlerhafte englische Fassung eine Ratifikation durch die Vereinigten Staaten sehr unwahrscheinlich macht.

³⁶⁰ Siehe etwa: *Proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* (Preparado por la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional celebrada en Tuscon, Arizona, del 11 al 14 de noviembre de 1993) – OEA/Ser.K./XXI.5 – CIDIP-V/15/93 (“Tuscon-Entwurf”).

spanisch erstellt wurde, auch wenn an einzelner Stelle auf die Fassung in anderen Sprachen, insbesondere Englisch, Bezug genommen wurde, genießt die spanische Version bei Konflikten einen Authentizitätsvorsprung. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der sich aus der spanischen Fassung ergebende Inhalt auch durch die Materialien gestützt wird. Die üblichen Auslegungsmethoden wie die grammatische, systematische, genetische und historische Auslegung finden unproblematisch auch auf die Konvention von Mexiko Anwendung. Bei der genetischen Auslegung sind der Tuscon Entwurf³⁶¹ als der Konvention in weiten Teilen zugrundeliegendes Dokument³⁶² und die Beratungsmaterialien zum Sachverständigentreffen in Tuscon sowie zur CIDIP-V von Bedeutung. Die historische Auslegung stößt demgegenüber auf Schwierigkeiten, weil es keinen unmittelbaren Vorgänger zur Konvention gibt. Allenfalls der *Código Bustamante* könnte hier in Einzelfragen Bedeutung gewinnen. Da dieser aber als so hinderlich für die wirtschaftliche Entwicklung galt, dass eine gänzliche Neuregelung für erforderlich gehalten wurde, ist bei einer solchen Auslegung besonders akribisch auf die Wahrung der Konventionsziele (Art. 31 Abs. 1 Wiener Vertragsrechtskonvention) zu achten.

§ 2 **Anpassung der Konvention von Mexiko an zukünftige Entwicklungen, Art. 3**

1. *Die Funktion der Norm*

Eine Norm ohne internationalen Vorgänger ist Art. 3 Konvention von Mexiko, der schon in nahezu identischer Fassung Eingang in den Tuscon-Entwurf gefunden hatte³⁶³. Art. 3 bestimmt, dass die Konventionsbestimmungen mit notwendigen und möglichen Anpassungen auf neue Vertragsmodalitäten anzuwenden sind, die als Konsequenz der Entwicklung des internationalen Handels verwendet werden. Diese Referenz an den internationalen Handel soll keine Abgrenzung zwischen handelsrechtlichen und privatrechtlichen Verträgen bewirken, vielmehr sollen alle Vertragskategorien umfasst sein; um dahingehende Zweifel auszuschließen, wurde der Wortlaut der spanischen Fassung von „*desarrollo mercantil internacional*“ im Tuscon-Entwurf zu „*desarrollo comercial internacional*“ geändert³⁶⁴. Aus dem Wortlaut („*las normas de esta Convención*“) ergibt sich auch die Abgrenzung zu Art. 14 Konvention von Mexiko, der sich auf die Auslegung des jeweiligen internationalen Vertrages bezieht, auf den die Konvention angewendet wird³⁶⁵. Art. 3 dagegen bezieht sich auf die Auslegung der Konvention selbst und damit nur mittelbar auf die Auslegung des konkret zu beurteilenden

³⁶¹ Proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Preparado por la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional celebrada en Tuscon, Arizona, del 11 al 14 de noviembre de 1993) – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/15/93.

³⁶² Vgl. oben S. 6 ff.

³⁶³ Zur einzigen Änderung vgl. sogleich.

³⁶⁴ *Fresnedo de Aguirre*, An.Der.Com. 7 (1996), 191, 197.

³⁶⁵ Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 18 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II; vgl. näher unten S. 179 ff.

Vertrages. Er ist insbesondere zugeschnitten auf Vertragsmodalitäten, die durch die technische Entwicklung entstehen, wie beispielsweise den e-commerce³⁶⁶, von dem erwartet wird, ein bedeutender Motor des weltweiten Wirtschaftswachstums im einundzwanzigsten Jahrhundert zu werden³⁶⁷. Aber auch gänzlich neue Vertragstypen, die bis heute nicht existieren, sind von der Norm umfasst³⁶⁸.

Art. 3 stellt das Gebot der kreativen und flexiblen Konventionsinterpretation auf, um der zukünftigen Entwicklung des internationalen Handels gerecht zu werden³⁶⁹. Diese zukunftsorientierte Norm erlaubt es, der fortschreitenden technischen Entwicklung Rechnung zu tragen und so die Konvention stets auf dem neuesten Stand zu halten, womit die Notwendigkeit formeller Modifikationen des Vertragstextes durch einen meist schwierigen und langwierigen Prozess vermieden werden soll und statt dessen die Möglichkeit eröffnet wird, auf unvorhergesehene Umstände und neue Anforderungen durch eine automatische Anpassung zu reagieren³⁷⁰. Insbesondere gestattet Art. 3 etwa, die grundsätzlich restriktiven Analogievoraussetzungen in Staatsverträgen³⁷¹ außer Acht zu lassen, und so die Konvention auch auf bislang unbekannte Vertragstypen anzuwenden. Art. 3 verbietet so auch das Argument, die Konvention sei auf erst nach ihrem Inkrafttreten neu entwickelte Vertragstypen nicht anwendbar.

2. Anwendungsmöglichkeiten

Die Bedeutung dieser Norm lässt sich noch nicht abschätzen und es ist auch nicht deutlich, welche Art von Anpassung gemeint ist³⁷². Es bleibt abzuwarten, was die Praxis aus der ihr gebotenen Möglichkeit macht. Dabei wird die Flexibilisierung der Analogiebildung aufgrund der im Vergleich zum EVÜ offeneren Konzeption – es wird auf spezielle Anknüpfungen für Verbraucher und Arbeitnehmer verzichtet und statt dessen mit Anknüpfungen gearbeitet, die für alle Verträge innerhalb des Anwendungsbereichs der Konvention gleichermaßen eingreifen – nicht dieselbe Tragweite erreichen, die sie im Rahmen des EVÜ haben könnte.

Konkrete Anwendungsmöglichkeiten des Art. 3 könnten sich aber beispielsweise im Bereich des e-commerce ergeben³⁷³. So wäre an die Entwicklung von Anknüpfungen zu

³⁶⁶ *Parra-Aranguren* in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, S. 299, 306; *Heiskanen*, 16-J.Int.Arb.3 S. 29, 29 Fn. 1 m.w.N. definiert e-commerce als "the production, advertising, sale and distribution of products via telecommunication networks".

³⁶⁷ *Heiskanen*, 16-J.Int.Arb.3 S. 29, 29 ff. vertritt die Einschätzung, dass der auf dem Internet basierende Handel bis 2003 2% allen Handels in den Industrienationen ausmachen wird.

³⁶⁸ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 391.

³⁶⁹ *Sosa* S. 109.

³⁷⁰ Vgl. *Parra-Aranguren* in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, S. 299, 319; *Operti Badán/Fresnedo de Aguirre* S. 32.

³⁷¹ Vgl. oben S. 45 ff.

³⁷² *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 391.

³⁷³ Zur Beziehung des „cyberspace“ zum Kollisionsrecht vgl. *Longworth*, *Law of Cyberspace Series*, Vol. 1, S. 8, 36 ff, die vorschlägt, den „cyberspace“ neben der Antarktik, dem Weltall und internationalen Gewässern als vierten internationalen Raum anzuerkennen und eigenständige Rechtsregeln für den „cyberspace“ zu entwickeln, die immer dann zur Anwendung kommen sollen, wenn die Grenze zum „cyberspace“ überschritten wird. Die Kompe-

denken, welche die verschiedenen für diese Vertragsabschlussart typischen Faktoren gewichten. Etwa wäre eine Unterscheidung nach der Art der Vertragspartner möglich, etwa zwischen dem sogenannten „business-to-business (B2B) e-commerce“ und dem „business-to-consumer (B2C) e-commerce“: Erstmals in der Geschichte eröffnet das Internet dem individuellen Verbraucher die Möglichkeit, extensiv internationale Transaktionen zu tätigen³⁷⁴. Dies wird durch die interaktiven Benutzerinterfaces ermöglicht, die das Internet (in diesem Rahmen besonders das aufgrund seiner Graphikorientierung leicht zu bedienende World-Wide-Web) zwischen den Produzenten und Händlern von Waren und Dienstleistungen auf der einen Seite und dem Verbraucher auf der anderen Seite kreiert³⁷⁵. Generell ist darauf hinzuweisen, dass sich an der Art und Weise des Vertragsabschlusses dann nichts ändert, solange etwa ein Computer nur als Kommunikationsmittel benutzt wird, er substituiert dann nur das Telefon oder Faxgerät³⁷⁶. Die Neuerung besteht vielmehr in der Interaktivität des neuen Mediums, die internationale Vertragsschlüsse auch durch Verbraucher geradezu herausfordert. Diese gesteigerten Möglichkeiten, internationale Verträge abzuschließen, rufen eine ganz neue Gefährdung des Verbrauchers hervor, der potenziell den verschiedensten Rechtsordnungen gegenüberstehen kann. Hier kann Art. 3 helfen, einen Interessenausgleich zwischen dem Verbraucher und dem Produkt- oder Dienstleistungsanbieter zu finden, der oftmals ein kleines oder mittelgroßes Unternehmen sein wird, und von dem eine Kenntnis sämtlicher Verbraucherschutzrechte der Welt kaum erwartet werden kann³⁷⁷. Über Art. 3 könnte es in diesem Fall zu einer eigenständigen Auslegung von Art. 11 der Konvention³⁷⁸ für Internetverträge kommen. So ist denkbar, dann, wenn ein Internetanbieter seine Waren oder Dienstleistungen nicht zielgerichtet an einen bestimmten Markt richtet (in dem er beispielweise Zahlung in der Währung dieses Marktes akzeptiert, in einer bestimmten Sprache wirbt, Telefonnummern zur Bestellung oder zum Kundendienst anbietet, etc.) und der Verbraucher dennoch dort ordert, Art. 11 Konvention von Mexiko dahingehend auszulegen, dass nur das Verbraucherschutzrecht des „proper law“ zur Anwendung kommt³⁷⁹. Die bei der Konvention von Mexiko unter dem Schlagwort der „Gran-Canaria“-Fälle zu Art. 5 EVÜ aufgetretene Problematik der Bildung von Analogien³⁸⁰ zu Gunsten von Verbrauchern stellt sich

tenz zur Schaffung von Kollisionsregeln sollte sich nach *Longworth* (nach dem Vorbild des völkerrechtlichen Regimes für den Weltall, die Antarktis oder internationale Gewässer) nach der Nationalität der an einer Transaktion im „cyberspace“ beteiligten Personen richten, nicht nach territorialen Erwägungen.

³⁷⁴ *Heiskanen*, 16-J.Int.Arb.3 S. 29, 29 (1999); *Mehrings*, CR 1998, 613, 614.

³⁷⁵ *Heiskanen*, 16-J.Int.Arb.3 S. 29, 30.

³⁷⁶ *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 145; zu den Unterschieden, die zwischen Kommunikation per Telefon, Faxgerät und dem Internet bestehen vgl. *Heiskanen*, 16-J.Int.Arb.3 S. 29, 32 (1999).

³⁷⁷ *Heiskanen*, 16-J.Int.Arb.3 S. 29, 37.

³⁷⁸ Zu Art. 11 unten S. 158 ff.

³⁷⁹ Ein gar nicht unwahrscheinlicher Fall wäre der eines venezolanischen Verbrauchers, der über das Internet in der kanadischen Provinz Quebec eine CD bestellt. Wieso sollte der kanadische CD-Händler mit der Anwendung venezolanischen Verbraucherschutzrechts rechnen müssen, wenn seine Web-Seiten auf französisch gehalten sind, die Preise in kanadischen Dollar angegeben sind und eine kanadische Servicetelefonnummer angegeben ist? Die Anwendung des Rechts Quebecs entspräche auch der zu Art. 5 EVÜ vertretenen Auffassung, vgl. unten S. 102 ff.

³⁸⁰ Vgl. oben S. 45 ff.

dagegen bei der Konvention von Mexiko schon aufgrund deren offenen Ansatzes – die Konvention verwendet nur eine Generalklausel, welche die Anwendung international zwingender Bestimmungen sicherstellen soll und sieht keine spezielle objektive Anknüpfung für Verbraucherverträge vor – nicht.

Die Auswirkungen des e-commerce im Rahmen des „B2B“ Geschäfts werden demgegenüber wegen bereits bestehender Konfliktlösungsmechanismen (insbesondere der weiten Verbreitung der Schiedsgerichtsbarkeit) eher positiv als transaktionskostensenkend, produktivitätssteigernd und qualitäts- sowie auswahl erhöhend gesehen³⁸¹.

Als mögliche Anknüpfungspunkte zur Ermittlung der „engsten Verbindung“ eines auf diese Weise geschlossenen Vertrages könnten die Geschäftssitze der beteiligten Parteien oder die inhaltliche Ausrichtung der elektronischen Angebote (beliebte Länder, Rechnungswährung, verwendete Sprachen) gesehen werden. Der Serverstandort wird hingegen nicht für ein bedeutsames Kriterium gehalten³⁸²: Zum einen ist er für die Funktion des Internet ohne Bedeutung, zum anderen ist er regelmäßig für den Benutzer nicht zu lokalisieren, denn auch eine Verwendung von Länderkennungen (z.B. „de“ für Deutschland) indiziert nicht notwendig den Serverstandort in diesem Land.

Ein weiterer Anwendungsbereich für Art. 3 kann dann eröffnet sein, wenn der Computer selbst ein Vertragsangebot annehmen oder unterbreiten kann³⁸³. Selbst in diesem Fall handelt es sich aber wohl regelmäßig um nicht mehr als eine Aufzeichnung vorgegebener Entscheidungskriterien der Person, mit der der Vertrag zustande kommen soll, auf die dann abzustellen wäre (also nicht etwa der Sitz des Servers, sondern die Niederlassung der Partei³⁸⁴). Der Computer handelt schließlich nicht für sich selbst, sondern für eine Partei, die ihn qua Programm instruiert hat (oder zurechenbar hat instruieren lassen), so dass die „Handlungen“ des Computers der Partei zugerechnet werden müssen, die sich seiner bedient. Mit fortschreitender technischer Entwicklung, speziell auf dem Gebiet der künstlichen Intelligenz ist es aber nicht ausgeschlossen, dass die Selbständigkeit der Computer derart gesteigert wird (zu denken ist an eine Fortentwicklung sog. Expertensysteme oder autonomer Agenten), dass sie de facto die Rolle eines Vertreters annehmen können, so dass dann die Grundgedanken des Vertretungsrechts herangezogen werden könnten. Im Rahmen der Konvention von Mexiko wäre diesenfalls neben Art. 3 auch Art. 15 von Bedeutung³⁸⁵.

3. *Die Bedeutung von Art. 3 im System der Konvention*

Da die Konvention von Mexiko allgemein auf starre Lösungsmechanismen verzichtet und ein sehr weites richterliches Ermessen in den verschiedensten Normen vorsieht, ist die Bedeu-

³⁸¹ Heiskanen, 16-J.Int.Arb.3 S. 29, 30 f.

³⁸² Scherer/Butt, RIW 2000, 1009, 1011.

³⁸³ Vgl. Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 145.

³⁸⁴ Scherer/Butt, RIW 2000, 1009, 1012.

³⁸⁵ Vgl. dazu unten S. 187 ff.

tung, die Art. 3 praktisch erlangt wird, durchaus begrenzt. Insbesondere bei der objektiven Anknüpfung sieht die Konvention – wie sogleich gezeigt werden wird – einen sehr flexiblen Mechanismus vor, der die Einbeziehung eben der Erwägungen, die in Art. 3 zu tragen kommen, ohnehin schon gestattet. Art. 3 bleibt aber immer noch eine Ermahnungs- und Hinweisfunktion dahingehend, dass Modifikationen eingefahrener, aber möglicherweise obsoleter Lösungen erforderlich werden können. Weiter ist die Konvention von Mexiko darauf ausgelegt, nicht nur in Civil Law, sondern auch in Common Law Rechtssystemen Anwendung zu finden. Bei letzteren ergeben sich systemimmanent durch das Prinzip des *stare decisis*³⁸⁶ einige Schwierigkeiten, soll von einem einmal eingeschlagenen Weg abgewichen werden, so dass Art. 3 dort flexibilisierend wirken kann³⁸⁷. Weiter verwehrt Art. 3 das aus den sehr restriktiven Analogievoraussetzungen bei völkerrechtlichen Verträgen abgeleitete Argument, dass die Konvention auf Vertragsarten, die bei ihrer Schaffung nicht vorgesehen waren, wie etwa erst in Zukunft auftretende, nicht anwendbar sei.

§ 3 **Vorbildfunktion der Konvention von Mexiko ?**

Hinsichtlich der allgemeinen Auslegungsregeln ergeben sich keine entscheidenden Unterschiede, allein die Einbettung in unterschiedliche Gesamtsysteme ist zu beachten: Zum einen das des Europarechts, zum anderen das der anderen interamerikanischen Konventionen. Folglich ist die entscheidende Frage, ob Art. 3 Konvention von Mexiko Vorbildfunktion genießt. Diese als Neuerung vielfach gelobte Norm ist zwar einerseits für die Konvention von Mexiko wegen der in dieser enthaltenen Normen mit sehr grossem richterlichen Ermessensspielraum nicht von so weitreichender Bedeutung, wie man zunächst meinen könnte. Ihre Bedeutung kann sie aber etwa dadurch ausspielen, dass sie eine Flexibilisierung der restriktiven Analogievoraussetzungen bei völkerrechtlichen Verträgen erreichen und damit die Gefahr einer allzu engen Auslegung der Konvention umgehen kann. Ohne eine solche Norm könnten Vertragsstaaten die Ansicht vertreten, dass neue Vertragstypen von der Konvention nicht umfasst seien, weil sie bei den Konventionsberatungen noch unbekannt waren. Dies verwehrt nun Art. 3, wodurch diese Norm Vorbildcharakter hat.

Dennoch können sich bei einer extensiven Anwendung des Art. 3 auch Nachteile ergeben: So besteht die Gefahr, dass die Anwendungsuniformität der Konvention eingeschränkt wird und so der internationale Entscheidungseinklang leidet. Diese Gefahr ist potenziert, da keinerlei institutionelle Vorkehrungen getroffen wurden, durch die eine einheitliche Auslegung sichergestellt werden kann.

³⁸⁶ Vollst.: *Stare decisis et non quieta movere*.

³⁸⁷ Nicht zu verkennen ist dabei, dass die Common Law Rechtssysteme bei veränderten sachlichen Voraussetzungen ohnehin das sog. *distinguishing* erlauben.

Dennoch ist eine solche zukunftsweisende Norm insgesamt positiv zu bewerten, denn sie richtet das Augenmerk auf neue Situationen und macht deutlich, dass Anpassungen bislang eingefahrener Wege erforderlich werden können.

Das EVÜ genießt den Vorteil – der wegen der fehlenden Ratifizierung der Protokolle bislang freilich nicht zum Tragen gekommen ist, – dass eine Institutionalisierung der einheitlichen Auslegung beim EuGH vorgesehen ist. Diese kann viel effektiver als eine bloße Aufforderung zur einheitlichen Auslegung Rechtseinheit gewährleisten. Tritt das reformierte EVÜ als EG-Verordnung in Kraft, so ist die einheitliche Auslegung ohnehin institutionalisiert.

Optimal wäre daher eine Kombination: Eine zukunftsgerichtete Norm wie Art. 3 Konvention von Mexiko kann ihre Vorteile ausspielen, ohne zugleich die Nachteile einer drohenden Rechtszersplitterung auf sich zu nehmen, wenn sie in einem übergeordneten institutionellen Rahmen zum Tragen kommt. Damit kann Flexibilität in einem Rahmen erreicht werden, der den internationalen Entscheidungseinklang fördert statt ihn zu verwässern.

Dies gilt auch dann noch, wenn die Neufassung des EVÜ wie vorgesehen in Gestalt einer europäischen Verordnung vorgenommen wird. Die Auslegung sekundären Gemeinschaftsrechts unterliegt zwar nicht den gleichen Einschränkungen wie die von Staatsverträgen, insbesondere ist die Bedeutung subjektiver Auslegungsprinzipien deutlicher ausgeprägt³⁸⁸. Auch die Probleme mit Analogien stellen sich in einer Verordnung³⁸⁹ nicht in gleichem Umfang wie beim bisherigen EVÜ. Insgesamt ist die Auslegung von Gemeinschaftsrecht eher an dem Vorbild innerstaatlicher Auslegungssätze orientiert, als an den strengeren, weil an dem Ziel ausgerichtet, die Souveränität der Vertragsstaaten im möglichst geringem Maße zu tangieren, völkerrechtlichen Auslegungsmethoden³⁹⁰. Die Auslegung einer Verordnung über das schuldvertragliche Kollisionsrecht wäre also flexibler und eher an innerstaatlichen Auslegungsmethoden orientiert, als die Auslegung des EVÜ, das trotz seiner Einbettung ins Gesamtsystem des Europarechts grundsätzlich der für völkerrechtliche Verträge entwickelten Auslegungsmethodik unterliegt.

Insofern ist eine Art. 3 Konvention von Mexiko entsprechende Norm in einem Staatsvertrag bedeutungsvoller als in einer europäischen Verordnung. Dennoch kann eine solche Norm auch in diesem Rahmen ihre Bedeutung finden, denn das von ihr aufgestellte Gebot der kreativen und flexiblen Auslegung, um einer meist mühsamen Neuerung der Normen zu entgehen, hat Gültigkeit unabhängig davon, ob die Kollisionsnormen sich in einem Staatsvertrag oder einer Verordnung finden. Auch hat die Norm eine Hinweiskfunktion, die dem Rechtanwender verdeutlichen soll, dass durch den technischen Fortschritt und die wirtschaftliche Entwicklung neu auftretende rechtliche Problemstellungen neue rechtliche Lösungsmodelle erfordern können. Ihre sachliche Rechtfertigung findet eine solche Norm etwa in der Problematik des sich gerade erst entwickelnden e-commerce. Eine von vornherein flexible Ausle-

³⁸⁸ Bleckmann-Bleckmann Rn. 554; Dausen-Bleckmann/Pieper B.I Rn. 17 f.

³⁸⁹ Vgl. Dausen-Bleckmann/Pieper B. I Rn. 165 u. *Bredimas* S. 27 Rn. 28 sowie S. 178.

³⁹⁰ *Oppermann* Rn. 680; vgl. *Constantinesco* Rn. 724.

gung kann hier potenziell besser auf bislang noch gar nicht erkannte rechtliche Probleme reagieren, als es mit dem hergebrachten Auslegungsinstrumentarium zu leisten wäre.

2. Teil: Anwendbares Recht

D. Objektive Anknüpfung

Die Konvention von Mexiko und das EVÜ verfolgen verwandte, aber nicht identische Lösungsansätze für den Fall, dass die Parteien entweder von vornherein keine Rechtswahl getroffen haben³⁹¹, eine solche nur für einen Teil des Vertrages erfolgte oder die Rechtswahl aus irgendwelchen Gründen ungültig ist. Beide Übereinkommen folgen grundsätzlich dem von *Westlake* entwickelten „proper law approach“³⁹², der nach der Rechtsordnung sucht, mit der die Transaktion die wirklichste Verbindung, „the most real connection“, hat³⁹³ und der auf *Savignys* Grundsatz der Unterstellung des Rechtsverhältnisses unter das Recht, dem es seiner eigentümlichen Natur nach angehört³⁹⁴, aufbaut. Dieser Ansatz dominiert schon seit langem sowohl in Westeuropa als auch in Nordamerika und wird als ein „internationaler Trend“ beschrieben³⁹⁵.

§ 1 **Der Grundsatz beider Übereinkommen: Anwendung des Rechts des Staates, mit dem die engsten Verbindungen bestehen**

Vor Inkrafttreten des EVÜ war die objektive Anknüpfung in den Mitgliedstaaten der damaligen EWG sehr unterschiedlich geregelt³⁹⁶. Dem Recht der damaligen Mitgliedsstaaten mit Ausnahme Italiens war aber gemeinsam, dass keine starren Anknüpfungsmerkmale zugrundegelegt, sondern anpassungsfähige Lösungen bevorzugt wurden, die eine Auswahl unter den verschiedenen Merkmalen des Vertrages und den Umständen des Einzelfalls ermöglichten, um so das ausschlaggebende Anknüpfungsmerkmal auszuwählen³⁹⁷. Aus diesem Grundkonsens, dass eine gewisse Flexibilität zu gewährleisten sei, wurde die Systematik der objektiven Anknüpfung im EVÜ entwickelt. Art. 4 EVÜ enthält die Grundregel, wonach bei der objektiven Anknüpfung das Recht des Staates anzuwenden ist, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist. Demgegenüber beinhalten Artt. 5 und 6 EVÜ Sonderregelungen für Verbraucher- und Arbeitsverträge, die Art. 4 als *leges speciales* vorgehen. Hinsichtlich des Umfangs der objektiven Verweisung ist zunächst festzustellen, dass der Wort-

³⁹¹ Sehr kritisch zum Phänomen der fehlenden Rechtswahl *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 68; *Juenger* in *North*, *Contract Conflicts*, 295, 299; eine Auflistung von Gründen, warum Vertragsparteien auf eine Rechtswahl verzichten findet sich bei *Roth*, *Int.Vers.V.R.*, S. 307 m.w.N.

³⁹² Vgl. *Westlake* S. 277 ff.; zur Entstehung des „proper law approach“ vgl. auch *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 70 f. m.w.N.; *Rosett*, *Am.J.Comp.L.* 46 (1998), 347, 351.

³⁹³ *Westlake* S. 280.

³⁹⁴ *Savigny* Bd. 8, S. 28, 210 f.; nach Ansicht von *Schnitzer* *RabelsZ* 33 (1969), 17, 20 hat *Savigny* (mit der Anknüpfung an den Erfüllungsort) diesen Grundsatz selbst aber nicht durchgeführt.

³⁹⁵ *Reimann*, *Va.J.Int'l L.* 39 (1999), 571, 580 ff.

³⁹⁶ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 51 f. bieten eine Aufschlüsselung über die Kriterien der objektiven Anknüpfung in den Mitgliedstaaten vor Inkrafttreten des EVÜ.

³⁹⁷ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 52.

laut ausschließlich eine Anwendung staatlichen Rechts zulässt. Anationales Recht wie etwa die *lex mercatoria* hat im Rahmen der objektiven Anknüpfung beim EVÜ keinen Raum. Bei der Konvention von Mexiko ist dies jedoch weit weniger eindeutig³⁹⁸.

Art. 9 Abs. 1 Konvention von Mexiko bestimmt wie Art. 4 EVÜ, dass der Vertrag im Falle mangelnder oder unwirksamer Rechtswahl dem Recht des Staates unterliegt, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Damit ist klargestellt, dass primäres Kriterium zur Bestimmung des anwendbaren Rechts der Parteiwille ist, und die objektive Anknüpfung nur subsidiär erfolgt³⁹⁹. Wie das EVÜ folgt auch die Konvention von Mexiko dem „proper law approach“⁴⁰⁰. Die Formel beider Übereinkommen entspricht auch dem anglo-amerikanischen Trend, der das Recht des Staates mit der bedeutendsten Verbindung („most substantial connection“) zum Vertrag beruft⁴⁰¹. Die Formel der engsten Verbindung allein hilft freilich nicht weiter; sie definiert zwar das Grundproblem bei der Anknüpfung, löst es aber nicht⁴⁰².

I. Die Ermittlung der engsten Verbindung

1. Art. 4 EVÜ

Vereinfacht dargestellt besteht Art. 4 aus einer Grundregel mit drei Elementen⁴⁰³: (1) Mangels einer Rechtswahl unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem die engsten Verbindungen bestehen; (2) Verschiedene Vermutungen (besonders hervorzuheben ist hier die charakteristische Leistung) konkretisieren diesen Grundsatz für bedeutende Vertragstypen; (3) Diese Vermutungen gelten in der Regel nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist. Ziel dieser Lösung ist es, das Prinzip der engsten Verbindung zu verwirklichen und zugleich mit der Aufstellung von Vermutungen dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit zu entsprechen⁴⁰⁴. Bei den Vermutungen handelt es sich nicht um Beweislastregelungen, sondern um gesetzliche Konkretisierungen der engsten Verbindung⁴⁰⁵.

³⁹⁸ Vgl. unten S. 76 ff.

³⁹⁹ Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 129.

⁴⁰⁰ Juenger, *Am.J.Comp.L.* 42 (1994), 381, 389.

⁴⁰¹ Zaphiriou, *N.Ill.U.L.Rev.* 14 (1994), 407, 415.

⁴⁰² Samtleben, *IPRax* 1998, 385, 388 m.w.N., der auf *Kegel*, *AcP* 178 (1978), 118, 120 verweist: „[E]ine beliebte Formel, jedoch ohne Inhalt: Eine Windfahne als Wegweiser.“; vgl. auch *Herbert*, *Rev.Urug.DIP* 1 (1994), 45, 55; *Juenger*, *Jurídica* 23 (1994), 49, 50.

⁴⁰³ *Kropholler*, *IPR*, §52 III; *Lagarde*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991) 287, 306.

⁴⁰⁴ *Kropholler*, *IPR*, §52 III.

⁴⁰⁵ *Kropholler*, *IPR*, §52 III 1.

a) *Anwendung des Rechts des Staates, mit dem die engste Verbindung besteht*

Das erste Element wird von Art. 4 Abs. 1 vorgegeben: Es ist das Recht des Staates⁴⁰⁶ anzuwenden, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist. Dabei geht es um die objektive Lokalisierung des Vertrages⁴⁰⁷. Wie die engste Verbindung zu ermitteln ist, und welche Kriterien für die Ermittlung heranzuziehen sind, sagt jedoch weder das Übereinkommen selbst, noch der dazugehörige Bericht. Es sind daher sämtliche Vertragsumstände heranzuziehen, zu gewichten und gegeneinander abzuwägen⁴⁰⁸, unabhängig davon, ob sie als juristisch, ökonomisch oder soziologisch zu qualifizieren sind⁴⁰⁹. Das den einzelnen Vertragsumständen für die Ermittlung des Staates der engsten Verbindung zukommende Gewicht ist umso größer, je näher die Umstände den Vertragsinhalt und -zweck betreffen⁴¹⁰. Als zu beachtende Vertragsumstände kommen vor allem Eigenheiten des Vertrages und Umstände der Parteien in Betracht⁴¹¹. Sogar nach Vertragsschluss eingetretene Umstände können grundsätzlich⁴¹² berücksichtigt werden⁴¹³.

Dieser an sich sehr viel Flexibilität gewährende⁴¹⁴ Grundsatz des Art. 4 Abs. 1 erfährt durch die Vermutungen der Abs. 2 bis 4 (die ihrerseits durch Abs. 5 wieder flexibilisiert werden) nicht unerhebliche Einschränkungen. Systematisch arbeitet das EVÜ mit (widerlegbaren) Vermutungen, um die für „zu vage“ gehaltene Formel der „engsten Verbindung“ zu konkretisieren⁴¹⁵. Dabei enthält Abs. 2 die allgemeine und wichtigste Vermutung, während die Abs. 3 und 4 Sonderregeln für besondere Vertragsarten beinhalten. Das System der objektiven Anknüpfung folgt damit in den Abs. 2 – 4 dem Prinzip der Vertragstypenlehre⁴¹⁶. Problematisch ist, dass der geographische Ansatz des Grundsatzes der engsten Verbindung die Einbeziehung materieller Erwägungen (z.B. des *favor negotii*) zumindest erschwert⁴¹⁷.

⁴⁰⁶ Nicht etwa der Rechtsordnung, wie im englischen Common Law, vgl. *North*, Pr.Int'l.L., S. 127; *Smith* S. 339; *Plender/Wilderspin* S. 110. Vgl. aber auch Art. 19 EVÜ, was zum gleichen Ergebnis wie im Common Law führt. Ferner schließt diese Wortwahl eine objektive Anknüpfung an anationales Recht aus; vgl. *Wichard*, *RabelsZ* 60 (1996) 267, 291 ff.; *Kappus*, *IPRax* 1993, 137, 141 ff. der die *lex mercatoria* aber gleichwohl als „Ausweich- oder Ersatzstatut“ anwenden will.

⁴⁰⁷ *Lagarde*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991) 287, 306.

⁴⁰⁸ *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 10.

⁴⁰⁹ *Loussouarn/Bourel* S. 425.

⁴¹⁰ *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 10 ff. nennt als Faktoren von unterschiedlich starker Indizwirkung den gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien, die Staatsangehörigkeit, die verwendete Währung oder den Abschlussort des Vertrages; vgl. auch *Reithamnn/Martiny-Martiny* Rn. 94; kritisch *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 73 der der Schwerpunkttheorie den Vorwurf macht, dass sie „das Unwägbare wägen will.“

⁴¹¹ *Reithmann/Martiny-Martiny* Rn. 68, der darauf hinweist, dass es sich um Umstände von einigem Gewicht handeln muss, die – im Unterschied zu Art. 3 EVÜ – ausserhalb des Willens der Parteien liegen müssen.

⁴¹² Anders bei der Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 5 S. 2, s.u. S. 65 ff.

⁴¹³ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 52; *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 9 weist darauf hin, dass nur solche Umstände zu berücksichtigen seien, die im Vertrag selbst liegen. Als Beispiele nennt er eine Ersetzungsbefugnis einer Partei, durch die sich die engste Verbindung verschiebt, einen nachträglichen Vertragspartnerwechsel oder eine Novation. Nicht zu berücksichtigen seien demgegenüber Umstände, die eine Partei einseitig herbeigeführt hat.

⁴¹⁴ Diese Flexibilität kann auch negativ dahingehend verstanden werden, dass es sich um eine „non-rule“ handelt, vgl. *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 72 m.w.N.; *Nadelmann*, *Am.J.Comp.L.* 24 (1976), 1, 10.

⁴¹⁵ So *Lagarde*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991) 287, 307.

⁴¹⁶ *Rudisch*, *RabelsZ* 63 (1999) 70, 91.

⁴¹⁷ *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 75.

b) *Die charakteristische Leistung*

Die bedeutendste Vermutung und das „zentrale Anknüpfungsmerkmal“⁴¹⁸ des EVÜ ist in Art. 4 Abs. 2 aufgestellt: Es wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt⁴¹⁹ oder ihre Hauptverwaltung⁴²⁰ hat. Falls der Vertrag in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit einer Partei geschlossen wurde⁴²¹, ist auf den Staat der Hauptniederlassung⁴²² der Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, abzustellen, bzw. auf den Staat, in dem sich eine andere Niederlassung⁴²³ befindet, über die der Vertrag zustande gekommen ist⁴²⁴, wenn die Leistung nach dem Vertrag von dieser anderen Niederlassung zu erbringen ist (die vertragsabwickelnde Niederlassung⁴²⁵). Abgestellt wird auf Unternehmensschwerpunkte anstatt auf konkrete Handlungsorte⁴²⁶. Um einem Statutenwechsel vorzubeugen, erklärt Art. 4 Abs. 2 den „Zeitpunkt des Vertragsabschlusses“ für maßgebend.

Die Vermutung des Art. 4 Abs. 2 EVÜ ist anders als die nachfolgenden Absätze nicht auf bestimmte Vertragstypen beschränkt. Sie kann durch Abs. 5 ausgeschlossen werden⁴²⁷. Ebenso gehen der Standardanknüpfung des Abs. 2 die spezielleren Abs. 3 und 4 (dingliche Rechte an Grundstücken, Güterbeförderungsverträge) vor.

Der Begriff der charakteristischen Leistung, der im EVÜ selbst keine Konkretisierung erfahren hat, geht auf *Schnitzer* zurück⁴²⁸. Das auf ein Rechtsverhältnis anwendbare Rechts sollte nicht nach den oft eher zufälligen Umständen des Vertragsabschlusses, sondern aus

⁴¹⁸ Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 40.

⁴¹⁹ Vertragsautonom zu qualifizieren als Daseinsmittelpunkt einer natürlichen Person; vgl. Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 54.

⁴²⁰ Nicht maßgeblich ist daher der statutenmäßige Sitz; die Hauptverwaltung ist nach objektiven Kriterien zu ermitteln und liegt dort, wo die leitenden Entscheidungen getroffen werden und die Geschäftsleitung arbeitet; Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 55.

⁴²¹ Der Begriff ist untechnisch zu verstehen, wobei auf den Zweck des Vertrages abzustellen ist; Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 52.

⁴²² Bei juristischen Personen entspricht sie der Hauptverwaltung, bei natürlichen Personen handelt es sich um den Ort, von dem aus sie mit der Verkehrsumwelt geschäftlich in Kontakt treten (i.d.R. die Geschäftsräume); Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 56.

⁴²³ Zwecks Definition der „anderen Niederlassung“ wird auf die Judikatur zum Begriff der „Zweigniederlassung“ in Art. 5 Abs. 5 EuGVÜ zurückgegriffen, wonach eine Zweigniederlassung vorliegt, wenn es sich um einen rechtlich unselbständigen Unternehmensteil handelt, der auf eine gewisse Dauer angelegt ist, der Aufsicht des Stammhauses unterliegt und eine eigene Geschäftsleitung besitzt; vgl. Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 57. Dabei kommt es auf die (objektivierte) Perspektive des unternehmensexternen Rechtsverkehrs an, weshalb beispielsweise eine Briefkopfadresse Indizfunktion hat, *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203, 222. Nach *von Hoffmann* §10 Rn. 50 muss von einer solchen Zweigniederlassung die Steuerung der vertraglichen Leistung ausgehen. Diese müsse ein räumliches und persönliches Substrat und eine gewisse Dauer (mindestens ein Jahr) besitzen. Weiter sei eine hinreichende geschäftliche Selbständigkeit erforderlich, der aber ein Abhängigkeitsverhältnis zum Haupthaus gegenüberstehen müsse.

⁴²⁴ Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 57.

⁴²⁵ *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203, 220.

⁴²⁶ *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203, 223.

⁴²⁷ Dazu sogleich S. 65 ff.

⁴²⁸ Vgl. *Schnitzer*, *Int.HR*, S. 204 ff.; *Schnitzer*, *IPR*, S. 639 ff.; *Schnitzer*, *RabelsZ* 33 (1969), 17, 20 ff.

dem Rechtsverhältnis selbst bestimmt werden⁴²⁹. Als Vorteil des Abstellens auf die charakteristische Leistung gilt, dass das Anknüpfungsmerkmal dem Vertrag selbst entnommen werden kann und keine äußeren Umstände herangezogen werden müssen, die mit dem Wesen des Schuldverhältnisses nichts zu tun haben⁴³⁰. Sie entstand als Antwort auf die ehemals dominierenden starren Anknüpfungen an äußere Umstände, wie etwa an den Erfüllungs- oder den Vertragsabschlussort. Daher wird sie auch als ein Kompromiss zwischen Rechtssicherheit und Flexibilität (und damit einhergehend potenziell höherer Einzelfallgerechtigkeit) klassifiziert⁴³¹, was freilich nur dann zutrifft wenn sie, wie im EVÜ geschehen, als widerlegbare Vermutung zur Anwendung kommt.

Die charakteristische Leistung wurde als Anknüpfungsmerkmal des EVÜ gewählt, da sie die Funktion der in Frage stehenden Rechtsbeziehung im wirtschaftlichen und sozialen Leben eines Staates kennzeichne; sie soll eine Verankerung des Vertrages im zutreffenden sozioökonomischen Milieu erlauben⁴³². Ein weiterer Vorteil des Prinzips der charakteristischen Leistung ist neben der grundsätzlich einfachen Handhabbarkeit auch seine große Verbreitung, weit über den Kreis der Mitgliedstaaten des EVÜ hinaus⁴³³. Trotz der massiven Kritik, die dem Konzept der charakteristischen Leistung entgegengehalten wird⁴³⁴, gilt als ihr Vorteil die Vorhersehbarkeit der Entscheidung⁴³⁵. Auch wird die oftmals kritisierte Bevorzugung der stärkeren Partei⁴³⁶ dadurch abgeschwächt, dass die besonders schutzbedürftigen Gruppen der Verbraucher und Arbeitnehmer im EVÜ eine Sonderbehandlung erfahren⁴³⁷.

Ziel von Art. 4 Abs. 2 EVÜ ist mit den Worten des Berichts von *Giuliano* und *Lagarde*, „dass der an sich zu unbestimmte Begriff der „engsten Verbindungen“ durch Artikel 4 Abs. 2 konkretisiert und objektiviert wird“⁴³⁸. Gleichzeitig werde die Bestimmung des anwendbaren Rechts bei objektiver Anknüpfung erleichtert, weil die charakteristische Leistung aus dem Vertrag selbst bestimmt werden könne.

Die Bestimmung der charakteristischen Leistung⁴³⁹ bei einseitig verpflichtenden Verträgen ist unproblematisch. Anders hingegen bei synallagmatischen Verträgen: Dort ist auf die Nichtentgeltleistung abzustellen, da diese den Schwerpunkt der vertraglichen Verpflichtung bilde und ihrer sozioökonomischen Funktion entspreche⁴⁴⁰. Ferner treffe den Erbringer

⁴²⁹ *Schnitzer*, Int.HR, S. 204.

⁴³⁰ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 52.

⁴³¹ *North* in *North – Essays in Private International Law*, S. 23, 41.

⁴³² *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 52.

⁴³³ *Rudisch*, *RabelsZ* 63 (1999) 70, 89.

⁴³⁴ Vgl. näher dazu *Roth*, *Int.Vers.V.R.* S. 329; *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 76 f.; *d'Oliveira*, *Am.J.Comp.L.* 25 (1977), 303, 326 f und unten S. 67 ff.

⁴³⁵ *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 46.

⁴³⁶ Vgl. etwa *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 79 m.w.N.

⁴³⁷ *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 47.

⁴³⁸ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 53.

⁴³⁹ Zu ausführlichen Kategorisierungen einzelner Vertragstypen vgl. die umfangreiche Kommentierung bei *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 58 – 180 mit zahlr. w.N.

⁴⁴⁰ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 52 f.; *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 77 hält dies freilich nur für „ein verbales Argument zur Rechtfertigung eines unumgänglichen Stichentscheids.“

der Nichtentgeltleistung normalerweise der umfangreichere Pflichtenkatalog⁴⁴¹. Erst anhand der Nichtentgeltleistungen würden die verschiedenen Vertragstypen unterscheidbar⁴⁴². Der maßgebliche Faktor ist daher der Schwerpunkt der vertraglichen Verpflichtung, der durch den Umfang des jeweiligen Pflichtenkataloges indiziert wird.

Die Entscheidung für die charakteristische Leistung allein lokalisiert den Vertrag aber noch nicht. Als Anknüpfungspunkt ordnet das EVÜ dazu den gewöhnlichen Aufenthalt, bzw. den Hauptsitz der Partei an, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat. Ist ein Vertrag durch die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt, in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen, ist der maßgebliche Anknüpfungspunkt deren Hauptniederlassung, bzw. die vertragsabwickelnde Niederlassung. Verworfen wurde dagegen wegen des logischen Zirkelschlusses eine Anknüpfung an den Erfüllungsort⁴⁴³. Auch eine Anwendung des Rechts des Entgelterbringers wurde abgelehnt, da nur die Anknüpfung die zur Anwendung des Heimatrechts der Partei führt, die die charakteristische Leistung zu erbringen hat, den Parteierwartungen entspreche⁴⁴⁴: Der Schuldner der charakteristischen Leistung gewähre diese häufig berufsmäßig, so dass er den Vorteil einer einzigen anwendbaren Rechtsordnung genieße; der Geldschuldner dagegen übernehme dadurch, dass er sich an einen ausländischen Verkäufer wendet, das Risiko des internationalen Geschäftsverkehrs und müsse mit der Anwendung fremden Rechts rechnen.

Wegen ihrer Allgemeinheit kann die Vermutung der charakteristischen Leistung auch auf neue Vertragsschlussmodalitäten angewendet werden, wie etwa den Vertragsschluss via Internet oder allgemein im Bereich des e-commerce. Die Vorschriften des EVÜ sind technikneutral⁴⁴⁵. Bei über das Internet geschlossenen Verträgen können sich dann Probleme ergeben, wenn die Partei, welche die vertragscharakteristische Leistung erbringt, keine Niederlassung im Sinne einer nach außen gerichteten Tätigkeit hat, sondern Verträge vollautomatisch über einen womöglich in einem Drittstaat befindlichen Server abgeschlossen werden⁴⁴⁶. Wegen der generellen Unbeachtlichkeit des Serverstandorts (dieser kann sich an jedem beliebigen Ort befinden und jederzeit unproblematisch verlegt werden, ohne dass der Benutzer dies bemerkt oder auch nur den aktuellen Standort lokalisieren kann) sollte es auch hier ausgeschlossen sein, den Serverstandort als Niederlassung anzusehen⁴⁴⁷. Durch das Abstellen auf die Perspektive des unternehmensexternen Rechtsverkehrs sind zufriedenstel-

⁴⁴¹ Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 43.

⁴⁴² Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991) 287, 308.

⁴⁴³ Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 44 (vereinbaren die Parteien keinen Erfüllungsort, müsste dieser durch die *lex causae* bestimmt werden, die wiederum vom Erfüllungsort abhängt); dieser kann aber im Rahmen des Abs. 1 Bedeutung bekommen; so ders. Rn. 48.

⁴⁴⁴ Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991) 287, 308.

⁴⁴⁵ Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 208.

⁴⁴⁶ Scherer/Butt, RIW 2000, 1009, 1011.

⁴⁴⁷ Scherer/Butt, RIW 2000, 1009, 1011; Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 226 ff.

lende Ergebnisse erzielbar, wenn auf den Sitz (als Indiz kann eine angegebene Adresse dienen) des Unternehmens abgestellt wird, das sich des Servers bedient⁴⁴⁸.

c) *Sonderregelung für Verträge über ius ad rem; Art. 4 Abs. 3 EVÜ*

Art. 4 Abs. 3 EVÜ enthält eine Sonderregelung für Verträge über dingliche Rechte an Grundstücken⁴⁴⁹ oder Rechte zur Nutzung eines Grundstücks⁴⁵⁰. Es geht nur um Verträge betreffend *ius ad rem*, nicht dagegen um solche, die *ius in rem* betreffen und uneingeschränkt der *lex rei sitae* unterliegen⁴⁵¹. Bei solchen Verträgen betreffend *ius ad rem* wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen zu dem Belegenheitsstaat des Grundstücks aufweist. Diese Sonderregelung wird mit dem Bestehen öffentlicher Interessen bei dinglichen Rechten und dem anzustrebenden Gleichlauf des Vertragsstatuts mit den im Sachenrecht häufig anzutreffenden zwingenden Bestimmungen gerechtfertigt⁴⁵².

Schon nach seinem Wortlaut findet Abs. 3 keine Anwendung auf Verträge, welche die Errichtung oder Instandsetzung von Gebäuden zum Gegenstand haben⁴⁵³. Auch eine Rechtswahl bleibt uneingeschränkt zulässig⁴⁵⁴. Die Parallelnorm zu Art. 4 Abs. 3 ist der Formfragen betreffende Art. 9 Abs. 6, der vorschreibt, dass für Verträge betreffend dieselben *ius ad rem* die international zwingenden Formvorschriften der *lex rei sitae* zu beachten sind und eine Alternativanknüpfung wie sonst bei Formfragen unterbleibt⁴⁵⁵. Die Begründung dieser Sonderregelung entspricht derjenigen des Art. 4 Abs. 3.

⁴⁴⁸ Vgl. *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203, 222 f. mit Nachweisen zur a.A. die mangels einfacher Feststellbarkeit des Anknüpfungspunktes Art. 4 Abs. 2 S. 2 für unerfüllbar hält und auf die Generalklausel des Art. 4 Abs. 1 zurückgreift und ders. S. 228 ff., wo er Vermutungen bei international mobilen Dienstleistern vorschlägt, bei denen sich nach den o.g. Kriterien keine Niederlassung im herkömmlichen Sinne feststellen lässt: Bei natürlichen Personen sei zunächst zu vermuten, dass sich die Hauptniederlassung am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts befinde, bei Fehlen eines solchen am Ort des schlichten Aufenthalts zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, hilfsweise am Ort des Wohnsitzes. Bei juristischen Personen sei zu vermuten, dass die Hauptniederlassung sich am Sitz der Gesellschaft befinde, also dem wirtschaftlichen und organisatorischen Schwerpunkt der Geschäftsführung, der mit den Indizien des Sitzungssitzes und des Orts der Buchhaltung ermittelt werden könne. Stärkere Nähebeziehungen des konkreten Vertrages zu anderen Rechtsordnungen sollten mit Art. 4 Abs. 5 zur Geltung gebracht werden.

⁴⁴⁹ Die Definition des Begriffs „Grundstück“ ist strittig. Die in der Literatur herrschende Auffassung legt ihn nach der *lex rei sitae* aus (*Kropholler*, *EuZPR*, Art. 16 EuGVÜ Rn. 12), während der EuGH zu Art. 16 EuGVÜ eine vertragsautonome Qualifikation bevorzugt (*Wieczoreck/Schütze-Hausmann* Art. 16 EuGVÜ Rn. 12). *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 183 schlägt folgende Definition von „Grundstück“ vor: „[J]ede Sache . . . , die so fest und dauerhaft mit dem Erdreich verbunden ist, dass sie gar nicht oder nur unter Zerstörung ihrer Substanz . . . von dort wegtransportiert werden kann.“ Zubehör soll danach nur dann von der Verweisungsnorm des Art. 4 Abs. 3 erfasst sein, wenn es selbst die Merkmale dieser Definition erfüllt.

„Dingliche Rechte“ sind solche Rechte, die gegen jedermann (*erga omnes*) wirken; *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 185.

⁴⁵⁰ Verträge über die Nutzung eines Grundstücks sind solche, die auf den dauerhaften Gebrauch eines Grundstücks gerichtet sind und nicht dinglichen Charakter haben (etwa Miete, Pacht, Leihe, Leasing, Prekarium); *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 186.

⁴⁵¹ *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 182.

⁴⁵² *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 181.

⁴⁵³ *Giuliano/Lagarde*, *BT Drucksache* 10/503, S. 33, 53.

⁴⁵⁴ *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 181.

⁴⁵⁵ Vgl. näher unten S. 157 ff.

Auch diese Vermutung kann nach Abs. 5 widerlegt werden⁴⁵⁶, wenn der Einzelfall eine andere Wertung gebietet. Als Beispiel nennt der Bericht von *Giuliano* und *Lagarde* die Vermietung eines Ferienhauses auf Elba zwischen zwei belgischen Staatsbürgern, wobei die Vermutung des Abs. 3 als zugunsten belgischen Rechts widerlegt angesehen werden könne⁴⁵⁷. Bei kurzfristigen Mietverträgen wird Art. 4 Abs. 3 unter Rückgriff auf Art. 16 Abs. 1 lit. b) EuGVÜ mit seiner Höchstgrenze von sechs Monaten teleologisch reduziert⁴⁵⁸.

d) *Sonderregelung für Güterbeförderungsverträge, Art. 4 Abs. 4 EVÜ*

Eine weitere Sonderregelung enthält Art. 4 Abs. 4 EVÜ. Danach wird bei Güterbeförderungsverträgen vermutet, dass diese die engste Verbindung mit dem Staat der Hauptniederlassung des Beförderers aufweisen, sofern sich in diesem Staat auch der Verladeort, der Entladeort oder die Hauptniederlassung des Absenders befindet. Der vermutete Schwerpunkt wird demnach anhand eines grouping of contacts test ermittelt. Grund für das Erfordernis eines weiteren Elements zusätzlich zum Sitz der Beförderer ist, dass diese häufig ihren Sitz in sog. Billigflaggländern haben⁴⁵⁹.

Güterbeförderungsvertrag ist jeder Vertrag, dessen primäre Zweckrichtung die Ortsveränderung einer Ware ist⁴⁶⁰. Als Güterbeförderungsverträge gelten nach Art. 4 Abs. 4 S. 2 EVÜ auch Charterverträge⁴⁶¹ für eine einzige Reise und andere Verträge, die in der Hauptsache der Güterbeförderung dienen⁴⁶². Verträge über die Beförderung von Personen bleiben hingegen von der allgemeinen Vermutung des Abs. 2 erfasst⁴⁶³. Zwecks Vermeidung eines Statutenwechsels ist maßgebender Zeitpunkt wieder der Vertragsabschluss. Bei einem Auseinanderfallen von in diesem Zeitpunkt vorgesehenem Verlade- oder Entladeort und dem tatsächlichen Verlade- oder Entladeort ist also der ursprünglich vorgesehene für die Anwendung des Abs. 4 maßgeblich. Absender im Sinne der Norm sind alle Personen, die dem Beförderer die Güter zuliefern; Beförderer ist der konkrete Vertragspartner, egal ob dieser die Güter selbst befördert oder dies durch einen Dritten durchführen lässt⁴⁶⁴. Ist eine der kumulativen Voraussetzungen nicht erfüllt, bleibt es bei der allgemeinen Vermutung des

⁴⁵⁶ Siehe sogleich S. 65 ff.

⁴⁵⁷ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 53.

⁴⁵⁸ Vgl. Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 84, allerdings ohne Hinweis auf das EuGVÜ. Strittig ist bei solchen kurzfristigen Mietverträgen, ob die Anknüpfung des Mietverhältnisses nach Art. 4 Abs. 2 zu erfolgen hat (so Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 188, Soergel-von Hoffmann Art. 28 EGBGB Rn. 164; OLG Köln NJW-RR 1996, 1144, 1145; *Kegell/Schurig* S. 580) oder ob über Art. 4 Abs. 5 die generelle Norm des Art. 4 Abs. 1 zur Anwendung kommt (so: *Staudinger-Magnus* Art. 28 EGBGB Rn. 32).

⁴⁵⁹ Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 194.

⁴⁶⁰ Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 195; daher fällt der Speditionsvertrag, bei dem die Güterbeförderung nur ein Element der vom Spediteur geschuldeten Leistung ist, nicht unter diese Sonderregelung.

⁴⁶¹ Ein Chartervertrag in diesem Sinne liegt nur dann vor, „wenn der Versender statt der Beförderung bestimmter Waren gleich das ganze Transportmittel anmietet, es aber weiterhin die Pflicht des Vertragspartners des Versenders bleibt, die Beförderung vorzunehmen. Vertragszweck muss somit weiterhin eine bestimmte Beförderung und nicht Gebrauchsüberlassung sein.“, Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 199.

⁴⁶² Auch wenn etwa Begleitpersonal mitbefördert wird; Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 200.

⁴⁶³ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 54.

⁴⁶⁴ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 54.

Abs. 2⁴⁶⁵. Ansonsten besteht auch hier die Möglichkeit der Widerlegung der Vermutung nach Abs. 5 (dazu sogleich).

Im Rahmen des Art. 4 Abs. 4 EVÜ ist zu beachten, dass weitgehende Rechtsvereinheitlichung schon durch die CMR, die COTIF und das Warschauer Abkommen⁴⁶⁶ erreicht ist. Wegen Art. 21 EVÜ sind diese vorrangig.

e) *Ausweichklausel des Abs. 5 EVÜ: Charakteristische Leistung nicht bestimmbar, Widerlegung der Vermutungen*

Art. 4 Abs. 5 EVÜ behandelt zwei Fälle. Zum einen in S. 1 die Selbstverständlichkeit, dass, wenn die charakteristische Leistung nicht zu bestimmen ist, es bei der Grundregel des Abs. 1 ohne nähere Konkretisierung bleibt. Es ist also das Recht der engsten Verbindung ohne Möglichkeit des Rückgriffs auf Vermutungen zu ermitteln und anzuwenden. Nichtbestimmbarkeit der vertragscharakteristischen Leistung liegt bei Austauschverträgen dann vor, wenn beide Leistungen gleichermaßen vertragscharakteristisch sind, wie beispielsweise beim Tausch, der Novation, dem Vergleich, bei Wette und Spiel sowie Kooperations- oder Franchiseverträgen⁴⁶⁷. In einem solchen Fall müssen alle Verbindungen zu den verschiedenen Staaten ermittelt und individuell gewichtet werden, um zum Staat der engsten Verbindung zu gelangen⁴⁶⁸. Hier können auch nach Vertragsschluss eingetretene Umstände Beachtung finden. Es ist demnach nach Art. 4 Abs. 1 zu verfahren⁴⁶⁹.

Zum anderen erlaubt Abs. 5 S. 2 eine Widerlegung der Vermutungen der Abs. 2 bis 4. Wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag⁴⁷⁰ engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist, als mit demjenigen auf den die Vermutungen weisen, so ist das Recht dieses Staates anzuwenden. Grund für diese Möglichkeit, von den Vermutungen abzuweichen ist die Allgemeinheit der Formulierung des Art. 4, der – mit Ausnahme der Artt. 5 und 6 – für alle Arten von Verträgen im Anwendungsbereich des Übereinkommens gilt⁴⁷¹. Daher ist Abs. 5 eine unerlässliche Gegenvorschrift⁴⁷². Anders als bei der ersten Alternative handelt es sich hier um eine Ausnahmegvorschrift⁴⁷³, die daher eng auszulegen ist⁴⁷⁴. Insbesondere ist sie, weil von den vermuteten (und vom Übereinkommen präfe-

⁴⁶⁵ So: Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 197; OLG Frankfurt, IPRax 1994, 141; für eine Anwendung von Art. 4 Abs. 1 dagegen: Staudinger-Magnus Art. 28 EGBGB Rn. 111 und Soergel-von Hoffmann Art. 28 EGBGB Rn. 79 jeweils m.w.N.

⁴⁶⁶ Warschauer Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 12. 10. 1929.

⁴⁶⁷ Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 17.

⁴⁶⁸ *Cheshire/North* S. 573.

⁴⁶⁹ Vgl. dazu schon oben S. 58 ff.

⁴⁷⁰ Und nicht etwa der Streitgegenstand oder die Transaktion; *Cheshire/North* S. 568.

⁴⁷¹ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 54.

⁴⁷² *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 55.

⁴⁷³ Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 21; a.A. *Plender/Wilderspin* S. 120, 122.

⁴⁷⁴ Hierzu werden im wesentlichen zwei Auffassungen vertreten: Zum einen wird im Anschluss an eine Entscheidung des niederländischen Hooge Raad (RvwdW 1992, 297 bei *Rammeloo*, IPRax 1994, 243, 244) vertreten, dass vom Anknüpfungskriterium der charakteristischen Leistung nur dann abgerückt werden solle, wenn dieses keinen

rierten) Regelanknüpfungen abgewichen werden soll, enger als Abs. 5 S. 1 auszulegen, bei dem der Grundsatz der engsten Verbindung noch seiner ersten Konkretisierung harret. Zwar ist im einzelnen umstritten, unter welchen Umständen die Ausweichklausel zur Anwendung kommt⁴⁷⁵, gemeinsames Merkmal für das Eingreifen des Abs. 5 ist aber die Zufälligkeit oder Volatilität der maßgeblichen Anknüpfungspunkte (wie dem gewöhnlichen Aufenthalt, dem Belegenheitsort oder der Hauptniederlassung)⁴⁷⁶. Bei der Beurteilung der Gesamtumstände bleibt naturgemäß ein gewisser Spielraum⁴⁷⁷. In Analogie zu Art. 4 Abs. 2 sind anders als bei Abs. 5 S. 1 nur diejenigen Umstände zu beachten, die schon bei Vertragsschluss vorliegen⁴⁷⁸.

Auch hinsichtlich der zu beachtenden Elemente ist zwischen den beiden Fällen des Art. 4 Abs. 5 zu unterscheiden: Im Rahmen der jeweils erforderlichen individualisierenden Schwerpunktermittlung finden im Fall, dass eine der Vermutungen widerlegt werden soll, nur objektive (auf den Leistungsaustausch bezogene) Elemente Beachtung. Ist jedoch keine Vermutung einschlägig, können sekundär auch subjektive Elemente herangezogen werden⁴⁷⁹. Insgesamt ist Abs. 5 S. 2 also restriktiver zu handhaben als Abs. 5 S. 1.

Abs. 5 gibt dem gesamten Art. 4 das Gepräge eines Kompromisses zwischen einem flexiblen Anlass (der Abs. 1 und 5) und starren Anknüpfungsmerkmalen (der Abs. 2 bis 4), wodurch ein Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit geschaffen werden soll⁴⁸⁰.

reellen Anknüpfungswert aufweise. Solange ein reeller Anknüpfungswert bestehe, bleibe kein Raum für die Anwendung des Art. 4 Abs. 5; in diese Richtung tendieren auch *Kropholler*, IPR, §52 III 4 und *Loussouarn/Bourel* S. 425 (« . . . où . . . les préseptions ne sont pas significatives, la Convention autorise le juge à écarter celles-ci . . . »); *Plender/Wilderspin* S. 122. Zum anderen wird vertreten, dass Art. 4 Abs. 5 nur dann zur Anwendung kommen solle, wenn außer der charakteristischen Leistung alle anderen Anknüpfungspunkte des Vertrages zu einem anderen Recht weisen (so: *Schultsz* in *North*, *Contract Conflicts*, 185, 187). Vgl. zum ganzen *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 21 ff.; *Martiny*, ZEuP 3 (1995), 67, 77 f.; anders *Morris/McClean* S. 334 nach dem die Vermutungen „will have little importance in most cases“ und sie nur in „tie-break“ Situationen anzuwenden seien; ähnlich die Voraussage zur englischen Rechtswirklichkeit bei *Cheshire/North* S. 574 und *North*, *Pr.Int'l.L.*, S. 129; für eine restriktive Auslegung dagegen *Jaffey* in *North*, *Contract Conflicts*, 33, 39 f., der die Anwendung von Abs. 5 auf Fälle beschränken will, in denen *ius cogens* betroffen ist.

⁴⁷⁵ Vgl. die Meinungsdarstellung in vorhergehender Fn.

⁴⁷⁶ *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 27 ff. Als Einzelfälle, bei denen Abs. 5 eingreifen kann, wird etwa ein nur vorübergehender Aufenthalt, Verträge von Off-Shore Gesellschaften, Bestandsverträge (wobei für Ferienwohnungen eine Orientierung an Art. 16 Ab. 1 lit. b) EuGVÜ vertreten wird), akzessorische Verträge (die generell im EVÜ eigenständig anzunüpfen sind, Beispiele sind Sicherungsverträge), abhängige Rechtsgeschäfte, zusammenhängende Verträge und Schiedsrichterverträge genannt. Umstritten ist, ob die Ausweichklausel des Abs. 5 zur Durchsetzung des *favor validitatis* verwendet werden kann (so *Abend* S. 314, dagegen die hM, vgl. *Martiny*, ZEuP 5 (1997), 106, 119; *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 4 Rn. 34.

⁴⁷⁷ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 55.

⁴⁷⁸ *Lagarde*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991) 287, 311; a.A. (aber ohne die unterschiedliche Auslegung von Abs. 5 S. 1 und S. 2) *Cheshire/North* S. 566; *North*, *Pr.Int'l.L.*, S. 127.

⁴⁷⁹ *Von Hoffmann* §10 Rn. 59, 63 f.

⁴⁸⁰ *Blaurock*, FS Stoll, S. 463, 474 f., der Rechtssicherheit im Kollisionsrecht einen höheren Wert als im materiellen Recht einräumt und daher die Kompromisslösung des Art. 4 EVÜ als „verunglückt“ beschreibt.

2. Art. 9 Konvention von Mexiko

a) Verzicht auf Vermutungen, insb. das Konzept der charakteristischen Leistung

Auch die Konvention von Mexiko folgt mit Art. 9 dem Grundsatz der engsten Verbindung. Die Ermittlung dieser engsten Verbindung erfolgt aber nach einem gänzlich anderen Mechanismus als beim EVÜ. Zunächst bietet Art. 9 Abs. 2 S. 1 eine gewisse Konkretisierung der Formel der engsten Verbindung: Danach hat das Gericht alle objektiven und subjektiven Vertragselemente zur Bestimmung des Staates, mit dem die engsten Verbindungen bestehen, in Betracht zu ziehen. Die Formulierung macht zunächst deutlich, dass der Vertrag seine engste Verbindung nur mit einem Staat haben kann („... law of the State with which it has the closest ties“). Art. 9 Abs. 2. S. 1 beruft also immer staatliches Recht⁴⁸¹.

Anders als im EVÜ und Haager Kaufrechtsübereinkommen wurde auf die Aufstellung von Vermutungen, insbesondere der charakteristischen Leistung, verzichtet. Dies geschah, obwohl diese Vermutung noch in Art. 10 Abs. 2 des Tuscon-Entwurfs enthalten war, um dem Richter bei der Ermittlung der engsten Verbindung einen Leitfaden an die Hand zu geben⁴⁸². Dass die charakteristische Leistung sich nicht durchsetzen konnte, lag hauptsächlich an der herben Kritik die während der Beratungen durch den amerikanischen Delegierten *Juenger* an diesem Konzept geübt wurde⁴⁸³: Die Parteien könnten Rechtssicherheit am einfachsten erreichen, indem sie eine Rechtswahlklausel in den Vertrag aufnahmen⁴⁸⁴. Durch das „illusorische Konzept“ der charakteristischen Leistung lasse sich hingegen keine Rechtssicherheit erreichen, insbesondere bei komplexen Transaktionen versage es. Außerdem privilegiere es die Unternehmen, da deren Recht in der Regel Anwendung fände. Das ganze Konzept beruhe darüber hinaus auf der Annahme, dass die Leistung einer Partei bedeutungsvoller sei als die Leistung der anderen. Der Delegierte Mexikos wies darauf hin, dass die Aufnahme einer Vermutung wie der charakteristischen Leistung Entwicklungsländer benachteilige⁴⁸⁵: Diese befänden sich in internationalen Transaktionen oft auf der Konsumentenseite, während international tätige Unternehmen meist in den entwickelten Ländern beheimatet seien. Das

⁴⁸¹ Zur Anwendung nationalen Rechts vgl. unten S. 83 ff.

⁴⁸² Art. 10 II des Tuscon-Entwurfs bestimmte: „*Se presume que el contrato tiene los vínculos más estrechos con el Estado en que la parte debe cumplir su prestación característica [y donde dicha parte tenga además] [o] su residencia habitual o establecimiento principal*“; Proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Preparado por la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional celebrada en Tuscon, Arizona, del 11 al 14 de noviembre de 1993) – OEA/Ser.K./XXI.5 – CIDIP-V/15/93. Es wurde also anders als im EVÜ und im Haager (Art. 8) Übereinkommen auf den Staat abgestellt, in dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist. Zum logischen Zirkelschluss beim Abstellen auf den Erfüllungsort vgl. schon oben. Fn. 383.

⁴⁸³ Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 55 – OEA/Ser.K./XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II; *Juenger*, *Jurídica* 23 (1994), 49, 49 51 ff.; vgl. schon *Juenger* in North, *Contract Conflicts*, 295, 301 f.

⁴⁸⁴ Vgl. dazu auch *Roth*, *Int.Vers.V.R.*, S. 307.

⁴⁸⁵ Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 53 – OEA/Ser.K./XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II; vgl. mit der gleichen Argumentation auch *Herbert*, *Rev.Urug.DIP* 1 (1994), 45, 57 (1994); vgl. auch *Lando*, *Académie de Droit International – Recueil des Cours / Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 6 (1984), 225, 362 f.

Recht von Entwicklungsländern käme bei einer solchen Vermutung seltener zur Anwendung, würde ein dem EVÜ entsprechender Anknüpfungspunkt gewählt.

Weitere Kritik am Konzept der charakteristischen Leistung beinhaltet, dass deren Differenzierung zwischen Geld- und Nicht-Geldleistung zu der dem Kollisionsrecht gestellten Aufgabe der angemessenen Verteilung der Risiken und Lasten, die sich aus der Internationalität der Rechtsbeziehungen ergeben, keinen rationalen Bezug erkennen lasse⁴⁸⁶. Sie bevorzuge die in der Regel stärkere Partei, die auch auf internationalem Parkett meist erfahrener ist⁴⁸⁷ und schaffe dadurch ein „launenhaftes Kollisionsnormprivileg“⁴⁸⁸. Dies folgt aus dem Grundgedanken der charakteristischen Leistung: Das Recht desjenigen Teils, dessen Leistung komplexer und daher detaillierter durch eine Rechtsordnung geregelt ist, soll bevorzugt werden⁴⁸⁹. Im übrigen werde mit der „charakteristischen Leistung“ die Wichtigkeit eines individuellen Anknüpfungsfaktors überbetont⁴⁹⁰.

Der Nachteil einer Anwendung des Rechts der (regelmäßig) stärkeren Partei liegt nicht unbedingt in dessen Inhalt: Es ist durchaus möglich, dass das konkret zur Anwendung berufene Recht die andere Partei bevorzugt. Vielmehr werden, wenn ein Vertrag in seiner Gesamtheit der Rechtsordnung einer Partei unterworfen wird, die mit der Anwendung einer fremden Rechtsordnung verbundenen Informationsrisiken und -lasten einseitig der (regelmäßig schwächeren) Partei zugewiesen⁴⁹¹. Daher ist schon die Anwendung eines vertrauten Rechts für sich ein Vorteil; fremdes Recht müsste gegebenenfalls aufwendig und kostspielig erkundet werden⁴⁹². Die Anwendung des Heimatrechts einer Partei ist aus diesem Grund oft ein stark umstrittener Punkt in Vertragsverhandlungen. Da Ziel des Kollisionsrechts aber die Senkung und angemessene Verteilung von Transaktionskosten ist, ist diese einseitige Zuweisung der Informationsrisiken und -kosten an die typischerweise schwächere Partei nicht überzeugend. Ein alternativer Weg wäre es, diese Kosten derjenige Partei zuzuweisen, die sie vergleichsweise besser beherrschen und reduzieren kann⁴⁹³.

Aufgrund dieser Argumente wurde das Konzept der „charakteristischen Leistung“ als verwirrend und unnötig angesehen, so dass es ersatzlos gestrichen wurde⁴⁹⁴. Es wurde während der Beratungen zwar nach Alternativen gesucht, aber keiner der Vorschläge – etwa eine Anknüpfung an den Ort der Erbringung der charakteristischen Leistung – konnte die Delegierten überzeugen⁴⁹⁵.

⁴⁸⁶ Roth, *Int.Vers.V.R.*, S. 318:

⁴⁸⁷ Juenger, *Am.J.Comp.L.* 25 (1997), 195, 195.

⁴⁸⁸ Hernández-Bretón, *IPRax* 1998, 378, 382; ähnlich Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 128.

⁴⁸⁹ Hernández-Bretón, *IPRax* 1998, 378, 382.

⁴⁹⁰ Hernández-Bretón, *IPRax* 1998, 378, 382.

⁴⁹¹ Vgl. Roth, *Int.Vers.V.R.*, S. 279.

⁴⁹² Juenger, *Am.J.Comp.L.* 42 (1994), 381, Fn. 16 (1994); Juenger, *Jurídica* 23 (1994), 49, 53; vgl. auch Adame, *Ann.Surv.Int'l & Comp.L.* 4 (1997), 56, 57 f.

⁴⁹³ Roth, *Int.Vers.V.R.*, S. 383.

⁴⁹⁴ Parra-Aranguren in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, 299, 308.

⁴⁹⁵ *Actas y Documentos de la Comisión I Y II* S. 54 ff. – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II.

b) *Der Prozess der Ermittlung der engsten Verbindung*

Statt dem Richter durch Vermutungen wenigstens Anhaltspunkte zur Ermittlung der engsten Verbindung an die Hand zu geben, wurde ihm mit der Formel der „objektiven und subjektiven Elemente“ ein sehr weiter Handlungsspielraum zugestanden. Die Ermittlung der engsten Verbindung erfolgt durch einen *grouping of contacts test*⁴⁹⁶, der darauf beruht, verschiedene Verbindungen zu potenziell anwendbaren Rechtsordnungen zu finden und diese dann zu gewichten. Die Konvention von Mexiko folgt also ebenso wie das EVÜ im Grundsatz der Lehre *Savignys*⁴⁹⁷: Das anwendbare Recht wird vom Rechtsverhältnis, also dem internationalen Vertrag, her bestimmt. US-amerikanische Ansätze, die aus der „Conflicts Revolution“ hervorgegangen sind, wie beispielsweise *Interest Analysis* oder der *Better Law Approach* wurden dagegen als unmittelbare Lösungsmöglichkeit⁴⁹⁸ noch nicht einmal von der amerikanischen Delegation ins Spiel gebracht; sie wurden von der amerikanischen Wirtschaft als zu unvorhersehbar kritisiert⁴⁹⁹.

aa) *Die objektiven Vertragselemente*

Eine zumindest teilweise Konkretisierung kann aber durch Beschreibung der objektiven und subjektiven Vertragselemente erreicht werden. Unter „objektive Elemente“ fallen etwa: Die Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien ebenso wie ihr Domizil⁵⁰⁰ oder gewöhnlicher Aufenthalt, der Ort des Vertragsabschlusses, der Vertragsverhandlungen und der Erfüllungsort⁵⁰¹. Weiter werden der Lageort des Vertragsgegenstandes (insbesondere der Güter oder des Grundstücks), der Sitz eines vereinbarten (Schieds-) Gerichts, eine nach einem bestimmten Recht zu beurteilende „consideration“, der Ort vorvertraglicher Beziehungen, die Beflagung eines Schiffs oder Luftfahrzeugs sowie die Vertragswährung genannt⁵⁰². Für die Gewichtung der Elemente wird kein Hinweis gegeben; sogar eine Vergleichsmöglichkeit wie

⁴⁹⁶ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 205.

⁴⁹⁷ Vgl. *Juenger*, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 206; *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 117; zur Lehre *Savignys* und jüngerer Kritik vgl. *Neuhaus*, *RabelsZ* 46 (1982), 4, 6 f.

⁴⁹⁸ Zur ihrer Bedeutung im Rahmen der „subjektiven Vertragselemente“ vgl. sogleich.

⁴⁹⁹ *Burman*, *Vand.J.Trandnat'l L.* 28 (1995), 367, 378; vgl. auch *Reimann*, *Va.J.Int'l L.* 39 (1999), 571, 590: *The American experience has shown that such approaches are fraught with subjectivism, indeterminacy, and more than the normal share of forum law preference.*“

⁵⁰⁰ Zur Ermittlung des Domizils kann auf Art. 2 der *Inter-American Convention on Domicile of Natural Persons in Private International Law* vom 8. 5. 1973 zurückgegriffen werden: *“The domicile of a natural person shall be determined by the following circumstances in the order indicated: (1) The location of his habitual residence; (2) The location of his principal place of business; (3) In the absence of the foregoing, the place of mere residence; (4) In the absence of mere residence, the place where the person is located.”*

⁵⁰¹ Report of the Rapporteur (von *Siqueiros*): *The Law Applicable to International Contractual Arrangements*, CJI/SO/II/doc.6.91. S. 25 (Originaltext in spanisch); vgl. *Herbert*, *Rev.Urug.DIP* 1 (1994), 45, 57 f., der die „objektiven und subjektiven Vertragselemente“ des Art. 9 Abs. 2 S. 1 und die „objektiven Verbindungen“ des Art. 1 Abs. 2 als identisch ansieht. Gegen diese Annahme spricht aber neben dem Wortlaut auch die Entstehungsgeschichte: Eine „Subjektivierung“ sollte bei Art. 1 Abs. 2 – in bewußtem Unterschied zum EVÜ – gerade ausgeschlossen werden, während sie der Wortlaut bei Art. 9 Abs. 2 S. 2 explizit vorsieht. Bei den objektiven Verbindungen bzw. Vertragselementen besteht aber Deckungsgleichheit.

⁵⁰² *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 131.

im Verhältnis der ersten Alternative von Art. 1 Abs. 2 zur zweiten Alternative⁵⁰³ fehlt. Das System des Art. 9 Abs. 2 S. 1 verbietet gar jede pauschale Gewichtung objektiver Elemente, diese ergibt sich vielmehr aus dem Zusammenspiel mit den „subjektiven Vertragselementen“⁵⁰⁴.

Fraglich ist, ob die „charakteristische Leistung“ – nachdem sie als primäres Kriterium verworfen wurde – im Rahmen dieser objektiven Elemente wieder herausragende Bedeutung erlangen kann. Dies wird von Stimmen in der Literatur so gesehen: Es sei kaum zweifelhaft, dass dem Beispiel des EVÜ gefolgt werden wird⁵⁰⁵. Eine solche Einführung der Formel der „charakteristischen Leistung“ durch die Hintertür der objektiven Elemente ist nach ihrer bewussten Streichung jedoch problematisch, da sie dem Votum bei den Beratungen widerspricht⁵⁰⁶. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass dem gewöhnlichen Aufenthalt des Erbringers der charakteristischen Leistung überhaupt keine Bedeutung zukommt. Vielmehr sollen alle objektiven Elemente – zu denen auch der gewöhnliche Aufenthalt der Parteien gehört – grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinanderstehen und nicht ein einziges Element per se dominieren; die Gewichtung der einzelnen Elemente obliegt dem Richter vielmehr in jedem Einzelfall⁵⁰⁷. Weitergehende Beachtung kann die charakteristische Leistung aber im Rahmen der „subjektiven Vertragselemente“ finden⁵⁰⁸.

bb) *Die subjektiven Vertragselemente*

Neben den besagten objektiven Elementen sind auch alle subjektiven Vertragselemente zu berücksichtigen. Dabei muss es sich um solche Elemente handeln, die keinen objektiven Niederschlag in Text oder Kontext des Vertrages gefunden haben; sonst wäre die gesonderte Erwähnung von „subjektiven Elementen“ überflüssig⁵⁰⁹. Subjektive Vorstellungen, die sich nicht im Vertrag (Text oder Kontext) niedergeschlagen haben, können aber kaum einen geeigneten Anknüpfungspunkt bilden⁵¹⁰. Der Begriff der „subjektiven Elemente“ ist folglich unklar. *Samtleben* legt unter Bezugnahme auf die Materialien zur Konvention von Mexiko dar, dass „subjektive Elemente“ diejenigen seien, die der Richter den Parteien unterstellt, weil nach seiner (subjektiven) Meinung die Anwendung eines bestimmten Rechts den Parteiinteressen am besten entspreche⁵¹¹. Die Betonung liegt also auf den Parteiinteressen. Unter diesem Gesichtspunkt gestattet Art. 9 Abs. 2 S. 1 es, auch die Verteilung der mit internatio-

⁵⁰³ Dazu oben S. 32 ff.

⁵⁰⁴ Vgl. sogleich

⁵⁰⁵ *Boggiano*, Uniform L.Rev. 1 (1996), 219, 220.

⁵⁰⁶ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 389; im Ergebnis ebenso: *Gonzalez de Cossio*, *Jurídica* 27 (1997), 119, 154.

⁵⁰⁷ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 386.

⁵⁰⁸ Vgl. sogleich

⁵⁰⁹ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 389.

⁵¹⁰ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 389; *Pereznieto Castro*, *Riv.Dir.Int.Priv.Proc.* 30 (1994), 765, 773 nennt demgegenüber als zu beachtende Kriterien unter anderem „das von den Parteien gezeigte Verhalten oder die Vorstellungen („las conductas o intenciones manifestada por los partes“) und die Kontakte, die sich während der Vertragsverhandlung ergaben; ebenso *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 131.

⁵¹¹ So *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 389.

nenalen Transaktionen verbundenen Informationskosten und -risiken in die Anknüpfung mit einzubeziehen. Ziel der Konvention von Mexiko ist die Transaktionskostensenkung, und dieses Ziel kann dadurch erreicht werden, dass die Informationsrisiken und -kosten, ein erheblicher Teil der Transaktionskosten, der Vertragspartei zugewiesen werden, die diese Kosten – aufgrund ihrer Geschäftserfahrung und Organisationsmöglichkeiten – vergleichsweise besser beherrschen und reduzieren kann⁵¹². Der individualisierende Ansatz der Konvention von Mexiko gestattet es so, das vorgegebene Ziel der Senkung von Transaktionskosten direkt in die Anknüpfung jedes einzelnen Vertrages einzubeziehen.

Die von *Siqueiros* im Bericht zum Entwurf des Interamerikanischen Juristischen Komitees genannten Beispiele für zumindest teilweise auf subjektiven Elementen beruhende Anknüpfungskriterien legen eine darüber noch hinausgehende Auslegung nahe⁵¹³: So werden die Interessenabwägung (balance of interests), die bedeutendste Beziehung (most significant relationship), die engsten Verbindungen (closest links) und die charakteristische Leistung (the most characteristic service) dieser Kategorie zugeordnet⁵¹⁴. In der Literatur wird sogar die ursprünglich von *Currie* entwickelte Interest Analysis⁵¹⁵ genannt⁵¹⁶. Bei all diesen handelt es sich um Anknüpfungsmethoden, die dem Richter einen sehr weiten Beurteilungsspielraum zugestehen. Die Möglichkeit der Beachtung dieser verschiedenen Anknüpfungsmethoden sollte den USA, deren Bundesstaaten die verschiedensten Ansätze („approaches“) zur Lösung von Kollisionsproblemen verwenden, entgegenkommen⁵¹⁷. Diesen ver-

⁵¹² Vgl. *Roth*, Int.Vers.V.R., S. 383.

⁵¹³ Vgl. in diesem Sinne auch *Sosa* S. 116 und *Gonzalez de Cossio*, *Jurídica* 27 (1997), 119, 152 ff.

⁵¹⁴ Report of the Rapporteur (von *Siqueiros*): The Law Applicable to International Contractual Arrangements, CJI/SO/II/doc.6.91. S. 26 (Originaltext in spanisch).

⁵¹⁵ Eine Zusammenfassung des Ansatzes von *Currie* selbst mit einigen Ergänzungen (insb. den Ziff. 6 und 7) zu der in *Currie* S. 188 f. abgedruckten Fassung findet sich in: *Cheatham/Griswold/Reese/Rosenberg* (Brainerd Currie) S. 477 ff.:

1. Normally, even in cases involving foreign elements, the court should be expected, as a matter of course, to apply the rule of decision found in the law of the forum.
2. When a court is asked to apply the law of a foreign state different from the law of the forum, it should inquire into the policies expressed in the respective laws, and into the circumstances in which it is reasonable for the respective states to assert an interest in the application of those policies. In making these determinations, the court should employ the ordinary process of construction and interpretation.
3. If the court finds that one state has an interest in the application of its policy in the circumstances of the case and the other has none, it should apply the law of the only interested state.
4. If the court finds an apparent conflict between the interests of the two states it should reconsider. A more moderate and restrained interpretation of the policy or interest of one state or the other may avoid conflict.
5. If, upon reconsideration, the court finds that a conflict between the legitimate interests of the two states is unavoidable, it should apply the law of the forum.
6. If the forum is disinterested, but an unavoidable conflict exists between the interests of two other states, and the court cannot with justice decline to adjudicate the case, it should apply the law of the forum, at least if that law corresponds with the law of one of the other states. Alternatively, the court might decide the case by a candid exercise of judicial discretion, resolving the conflict as it believes it would be resolved by a supreme legislative body having power to determine which interest would be required to yield.
7. The conflict of interest between states will result in different dispositions of the same problem, depending on where the action is brought. If with respect to a particular problem this appears seriously to infringe a strong national interest in uniformity of decision, the court should not attempt to improvise a solution sacrificing the legitimate interest of its own state, but should leave to Congress, exercising its powers under the Full Faith and Credit Clause, the determination of which interest shall be required to yield.”

Zur heutigen Bedeutung dieses Ansatzes in den USA vgl. *Symeonides*, *Willamette L.Rev.* 37 (2001), 1, 19 ff.

⁵¹⁶ *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 130.

⁵¹⁷ *Gonzalez de Cossio*, *Jurídica* 27 (1997), 119, 152.

schiedenen Ansätzen liegen unterschiedliche Bewertungen in Betracht zu ziehender Erwägungen zugrunde, zusammengefasst bezeichnet als „policies“.

Die genetische Auslegung legt demnach nahe, unter „subjektive Vertragselemente“ die verschiedensten Ansätze mit den ihnen zugrundeliegenden „policies“ zu fassen. Subjektive Vertragselemente beziehen sich also nicht nur auf Parteierwartungen oder -interessen. Die Einbeziehung der Interest Analysis macht deutlich, dass darüber hinaus sogar die Rechtsanwendungsinteressen beteiligter Staaten in den Prozess der Ermittlung der engsten Verbindung hineinspielen können. Bei den subjektiven Vertragselementen des Art. 9 Abs. 2 S. 1 handelt es sich im Vergleich zu den objektiven Elementen also gar nicht um zusätzliche Faktoren, sondern lediglich um verschiedene Sichtweisen⁵¹⁸. Damit ist freilich nicht gesagt, wie die teilweise widersprüchlichen „approaches“ oder die ihnen zugrundeliegenden „policies“ in Einklang gebracht werden sollen, insoweit stellt sich das selbe Problem wie im Rahmen der §§ 188, 6 des Restatement (Second) of Conflict of Laws⁵¹⁹, wo es dem Richter obliegt, die verschiedenen Ansätze für den konkreten Fall zu gewichten, um den Staat zu bestimmen, mit dem die „most significant relationship“ besteht. Wie das Restatement (Second) verbindet auch die Konvention von Mexiko eine grundsätzlich multilaterale Konzeption schon bei der objektiven Anknüpfung mit teilweise unilateralen Ansätzen und zieht diese nicht nur, wie das EVÜ, im Rahmen der international zwingenden Bestimmungen heran⁵²⁰.

Die Richter-bezogene Sichtweise der „subjektiven Elemente“ des Art. 9 Abs. 2 und die Vielzahl der Faktoren, die zur Ermittlung des Rechts der engsten Verbindung herangezogen werden können, erlaubt neben den anderen in Betracht zu ziehenden Elementen auch die Würdigung des hypothetischen oder vermutlichen Parteiwillens⁵²¹ (hier im Sinne der

⁵¹⁸ Vgl. *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 389.

⁵¹⁹ *Juenger* in North, *Contract Conflicts*, 295, 299 f.

§ 188 Abs. 1 des Restatement (Second) of Conflict of Laws bestimmt. *“The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in § 6.”*

§ 6 legt die Richtlinien dar, nach denen die „most significant relationship“ zu bestimmen ist:“

(1) *A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.*
(2) *When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable law include*
a. *the needs of the interstate and international systems,*
b. *the relevant policies of the forum,*
c. *the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,*
d. *the protection of justified expectations,*
e. *the basic policies underlying the particular field of law,*
f. *certainty, predictability and uniformity of result, and*
g. *ease in the determination and application of the law to be applied.*

Der Kommentar lit. c) zu § 6 gesteht ein, dass “[a]t least some of the factors mentioned in this subsection will point in different directions in all but the simplest case.”

§ 188 Abs. 2 bietet eine Auflistung verschiedener „contacts“ die bei Anwendung der Grundsätze des § 6 beachtet werden müssen: (a) the place of contracting, (b) the place of negotiation of the contract, (c) the place of performance, (d) the location of the subject matter of the contract, und (e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties. Diese Kontakte “have to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.”

⁵²⁰ *Symeonides*, *Willamette L.Rev.* 37 (2001), 1, 39 zum Restatement (Second).

⁵²¹ *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 42 (1994), 381, 389; *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 382; *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 389, der in Fn. 36 darauf hinweist, dass *Juenger*, den hypothetischen Parteiwillen noch 1982 in *RabelsZ* 46

Rechtsprechung des Reichsgerichts und der frühen Nachkriegszeit verstanden als Ermittlung des Rechts, das die Parteien gewählt hätten, wenn sie die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Rechtswahl gesehen hätten⁵²²). Während ein solcher hypothetischer Parteiwille zwar nichts anderes als eine Fiktion ist⁵²³, so hat diese Fiktion doch beträchtliche Auswirkungen: Indem dem Richter gestattet wird, zu bestimmen, was die Vertragsparteien sinnvollerweise hätten vereinbaren sollen, kann Art. 9 Abs. 2 S. 1 zu einer *lex validitatis* werden, weil es wider Treu und Glauben wäre, die Anwendung eines Rechts zu wollen, dass den Vertrag für ungültig erklärt⁵²⁴. Dies steht im Einklang mit dem in der Präambel postulierten Ziel, internationale Verträge zu vereinfachen. Problematisch an dieser Lösung ist jedoch, dass Nichtigkeitsnormen auch eine Schutzfunktion zugunsten einer der Vertragsparteien ausüben können⁵²⁵. Wenn über die Figur des hypothetischen oder vermutlichen Parteiwillens die Möglichkeit der Vertragsnichtigkeit negiert oder stark verengt wird, kann dies zu Lasten einer womöglich schutzwürdigen Partei gehen. Auch dieser Aspekt hat im Rahmen der „policies“ bei der Ermittlung der engsten Verbindung nach Art. 9 Konvention von Mexiko Beachtung zu finden. Weiterer Raum für die Einbeziehung solcher Schutzwürdigkeitsüberlegungen ist in Art. 10 sowie den Artt. 11 und 18 gegeben.

cc) *Die Parallelen zum Restatement, Second*

Art. 9 Abs. 2 S. 1 Konvention von Mexiko und § 188 Restatement (Second) of Conflict of Laws weisen erhebliche Parallelen auf, die für Auslegung und Anwendung von Art. 9 bedeutungsvoll sind: Zum einen entspricht die Aufzählung der „contacts“ in § 188 Abs. 2 Restatement, Second weitgehend den objektiven Elementen des Art. 9 Abs. 2 S. 2 Konvention von Mexiko. Zum anderen enthält § 6 Abs. 2 des Restatements (auf den § 188 Abs. 1 verweist) eben eine Aufzählung solcher „policies“, wie sie auch die subjektiven Elemente des Art. 9 Konvention von Mexiko berufen. Beide Werke verweisen dabei auch auf unilaterale Elemente, wie beider Verweis auf die Staatsinteressen deutlich macht⁵²⁶. Wie beim Restatement, Second sind auch bei Art. 9 Abs. 2 S. 1 Konvention von Mexiko objektive Elemente und „policies“ miteinander in Einklang zu bringen. Diese strukturelle und inhaltliche Parallelität der Normen spricht dafür, dass § 188 Restatement, Second eine Vorbildbedeutung für Art. 9 Konvention von Mexiko zukam und spricht für eine einheitliche Auslegung.

In § 188 Restatement, Second wird der Staat, mit dem die engsten Verbindungen bestehen, ermittelt, indem die objektiven Vertragselemente im Lichte der verschiedenen „policies“ individuell gewichtet werden; die objektiven Vertragselemente müssen anhand ihrer

(1982), 57, 69 f. als widersprüchlich kritisierte, ihn aber bereits 1992 im Hinblick auf die künftige interamerikanische Konvention empfohlen hatte; vgl. auch Santos Blandro, *El Derecho Aplicable*, S. 79.

⁵²² Vgl. *Gamillscheg*, AcP 157 (1958/59), 303, 323 m.w.N.

⁵²³ So *Juenger*, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 389.

⁵²⁴ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 389; vgl. auch *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 389.

⁵²⁵ *Kegell/Schurig* S. 573.

⁵²⁶ *Symeonides*, Willamette L.Rev. 37 (2001), 1, 40 zum Restatement (Second).

relativen Bedeutung für die konkrete Frage bewertet werden („have to be evaluated according to their relative importance to the particular issue“)⁵²⁷. Als erster Schritt sind demnach die objektiven Vertragselemente zu bestimmen, denn die Staaten, auf die diese Elemente weisen, sind die Staaten, die am ehesten ein Falllösungsinteresse aufweisen („ . . . which are most likely to be interested . . .“)⁵²⁸. Zunächst ist mithin bei der Konvention von Mexiko ebenso wie beim Restatement, Second ein grouping of contacts test durchzuführen.

Als nächster Schritt sind diese Elemente dann im Lichte der verschiedenen „subjektiven Vertragselemente“, besser „policies“, individuell bezogen auf die konkrete Frage zu gewichten. Die sich aus diesen als „subjektive Vertragselemente“ verbrämten „policies“ ergebenden Wertungen und Gewichtungen sind auf die objektiven Vertragselemente anzuwenden. Dass sich bei Anwendung unterschiedlicher „policies“ Widersprüche ergeben können ist systemimmanenter Nachteil einer solch breiten Konzeption und wird vom Restatement, Second ausdrücklich in Kauf genommen⁵²⁹. Diese Widersprüche können nur dadurch ausgeräumt werden, dass unter den verschiedenen „policies“ zunächst diejenigen auszuwählen sind, die die konkrete Fragestellung dominieren. So ist es möglich, dass bei gewissen Vertragsarten die balance of interests dominiert, bei anderen etwa eine Interest Analysis durchgeführt wird.

Die Ermittlung der engsten Verbindung erfolgt also im ersten Schritt durch einen grouping of contacts test, nämlich der objektiven Vertragselemente, die alsdann in einem zweiten Schritt im Lichte verschiedenster „policies“ einzelfallbezogen zu gewichten und zu wägen sind. Die Gewichtung der verschiedenen objektiven und subjektiven Elemente, mit dem Ziel, den Staat zu ermitteln, mit dem der Vertrag am engsten verbunden ist, darf also nicht arithmetisch mittels eines Zählens der Kontakte geschehen⁵³⁰. Art. 9 Abs. 1 Konvention von Mexiko spricht in diesem Sinne von „closest ties“ und nicht „most ties“. Auch darf nicht pauschal auf ein einziges objektives oder subjektives Element abgestellt werden und diesem per se determinierende Bedeutung zugesprochen werden, denn die Schöpfer der Konvention hielten das Abstellen auf ein solches einziges Element nicht für adäquat⁵³¹. Vielmehr ist eine qualitative Wertung der einzelnen Kontakte bezogen auf die sozioökonomischen Eigenarten des konkreten Vertrages vorzunehmen⁵³². Eine quantitative Gewichtung der Verbindungen kann nur ein erster Schritt auf dem Weg zur entscheidenden qualitativen Gewichtung der Faktoren sein⁵³³.

⁵²⁷ Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 188 (2) .

⁵²⁸ Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 188 comment (e).

⁵²⁹ Vgl. Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 6 comment (c).

⁵³⁰ Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 132; Dreyzin de Klor/Saracho Cornet, Rev.Jur.Argent. La Ley 1995-D, 1039, 1046.

⁵³¹ Vgl. Gonzalez de Cossio, Jurídica 27 (1997), 119, 150 ff.

⁵³² Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 132; nach Dreyzin de Klor/Saracho Cornet, Rev.Jur.Argent. La Ley 1995-D, 1039, 1046 hat diese qualitative Bewertung vom Vertragskontext, der Vertragsnatur und dem Vertragszweck auszugehen.

⁵³³ Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 132.

Art. 9 Abs. 1 Konvention von Mexiko gibt das Ziel des Prozesses vor, Art. 9 Abs. 2 S. 1 den Weg. Es wird nicht eine determinative Kollisionsnorm vorgegeben, sondern vielmehr ein – wie gezeigt am Restatement (Second) orientierter – „approach“ zur Ermittlung der engsten Verbindung eingeführt, dessen Ziel wie beim Restatement (Second) of Conflict of Laws „an accomodation of conflicting values“⁵³⁴ ist. Der Grund für eine derart flexible, aber auch unpräzise Lösung ist die auch dem Restatement (Second) zugrundeliegende Annahme, dass die Komplexität des internationalen Vertragsrechts bislang die Schaffung zufriedenstellender präziser Regeln verhindert habe, was dazu führe, dass eben nur ein allgemeines Prinzip vorgegeben werden könne⁵³⁵.

Dadurch, dass die unterschiedlichsten „policies“ nebeneinander Anwendungsraum finden sollen, wird die Konvention von Mexiko ebenso wie das Restatement (Second) of Conflict of Laws auf eine viel weitere Basis als das EVÜ gestellt, dessen grundlegende „policy“ in diesem Sinne allein die charakteristische Leistung ist. Nur in einigen Gebieten, wie beispielsweise bei grundstücksbezogenen Verträgen, Verbraucher-, Arbeitsverträgen, etc. gewinnen andere „policies“ beim EVÜ an Raum.

dd) *Die Konsequenzen dieses Prozesses der Ermittlung der charakteristischen Leistung*

Statt mit rigiden Anknüpfungspunkten, oder zumindest mit widerlegbaren Vermutungen wie das EVÜ, arbeitet die Konvention von Mexiko mit einem gänzlich flexiblen Lokalisierungsmechanismus. Die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist weitgehend in die Hand des Richters gelegt. Konsequenz dieser Lösung ist ein Weniger an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit als bei der Verwendung von Vermutungen oder festen Kriterien⁵³⁶. Auf der anderen Seite gewinnt dafür aber der Wert der Einzelfallgerechtigkeit potenziell an Bedeutung. Diese ist hier kollisionsrechtlich⁵³⁷ zu verstehen, als die angemessene Verteilung der mit der Internationalität einer Transaktion verbundenen Risiken und Kosten. Das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit wird nicht durch eine Optimierung beider Rechtswerte⁵³⁸ aufgelöst, sondern durch die Negierung des einen (Rechtssicherheit) zu Gunsten des anderen (Einzelfallgerechtigkeit). Die Rollenverteilung zwischen Gericht und Parteien⁵³⁹ ist also noch stärker als beim EVÜ dahingehend, dass es primär den Parteien obliegt, durch eine Rechtswahl für eine voraussehbare und kalkulierbare richterliche Entscheidung zu sorgen, während der Richter die Rechtsanwendungsfrage mangels einer Rechtswahl unter Berücksichtigung aller Umstände zu entscheiden hat. Der Entscheidung des Richters wird dadurch anders als beim EVÜ nicht durch Richtungsweisungen des Gesetzes

⁵³⁴ Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 6 comment (c).

⁵³⁵ Restatement (Second) of Conflict of Laws, § 6 comment (c).

⁵³⁶ Vgl. *Herbert*, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 45, 56.

⁵³⁷ Materiellrechtliche Erwägungen könne insb. in Art. 10 Konvention von Mexiko Beachtung finden, dazu sogleich.

⁵³⁸ Vgl. *Roth*, Int.Vers.V.R., S. 310: “[S]o viel Typisierung als möglich, so viel Individualisierung als nötig.”

⁵³⁹ Vgl. *Roth*, Int.Vers.V.R., S. 307 f.

vorgegriffen⁵⁴⁰: Dadurch stehen die Interessen der verschiedenen Parteien (und der betroffenen Staaten) grundsätzlich in Balance, die jeweils nur auf Basis des konkreten Falles in Richtung der einen oder anderen Partei verschoben werden kann. Eine Vorhersehbarkeit des Ergebnisses besteht bei einer derartigen Lösung demgegenüber nicht mehr. Dies kann für die Parteien prekär sein, etwa wenn Unklarheiten bestehen, wie eine Vertragsklausel auszulegen ist. Dieser Effekt wird noch dadurch verstärkt, dass durch die Einbeziehung der „subjektiven Elemente“ zur Ermittlung der engsten Verbindung die verschiedensten Lösungsansätze herangezogen werden können. Dadurch können sich erhebliche Widersprüche ergeben: Während die Balance of Interests die Parteiinteressen als maßgebend ansieht, stellt *Curries Interest Analysis* auf die staatlichen Interessen an der Anwendung seiner rechtlichen „policies“ (zu der auch die Förderung der Parteiinteressen gehören kann) ab. Wieder obliegt es dem Richter, die möglichen Widersprüche durch Entscheidung für oder gegen die verschiedenen „policies“ für jeden Einzelfall aufzulösen. Eine solches Nebeneinander der verschiedenen Ansätze existiert aber auch im US amerikanischen Restatement (Second) of Conflict of Laws, das sich trotz – oder gerade wegen – dieser Offenheit und Flexibilität als die methodologische Landschaft der Vereinigten Staaten dominierender Lösungsweg herauskristallisieren konnte⁵⁴¹.

Dennoch ist es nicht übertrieben, wenn in Art. 9 Konvention von Mexiko nicht viel mehr als eine Leitlinie gesehen wird, die dem Richter an die Hand gegeben ist, damit dieser selbst im konkreten Fall eine spezielle Kollisionsregel entwickeln kann, die den jeweiligen Anforderungen genügt⁵⁴². Aus diesen Gründen wird das Kriterium der „engsten Verbindung“, wie von der Konvention von Mexiko verwendet, oft als zu vage und unsicher empfunden, so dass deswegen eine Übernahme der Konvention von Mexiko auf dem MERCOSUR Justizministertreffen 1997 in Montevideo ausdrücklich abgelehnt wurde⁵⁴³.

c) *Die Bedeutung der „allgemeinen Prinzipien des internationalen Handelsrechts“: Art. 9 Abs. 2 S. 2 Konvention von Mexiko*

Eine herausgehobene Rolle in diesem Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit spielt Art. 9 Abs. 2 S. 2 der Konvention. Diese teilweise als innovativ be-

⁵⁴⁰ Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 133.

⁵⁴¹ *Symeonides/Collins Perdue/von Mehren* S. 139; nach der auf S. 288 abgedruckten Tabelle hat das Restatement (Second) im Bereich des Schuldvertragsrechts („Contracts“) mit 25 Bundesstaaten seine weiteste Verbreitung gefunden. Andere Ansätze, die in den verschiedenen Staaten verwendet werden, sind demnach der traditionelle Ansatz (insb. das Restatement (First) of Conflict of Laws), die Bestimmung der „significant contacts“, Interest Analysis, per se Anwendung der *lex fori*, der Better-Law-Approach oder eine Kombination der verschiedenen Ansätze.

⁵⁴² Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 130.

⁵⁴³ *Samtleben*, *RabelsZ* 63 (1999) 1, 60, der darauf hinweist, dass diese Unsicherheiten durch ein spezielles Protokoll beseitigt werden könnten, das konkrete Hilfsanknüpfungen festlegt. Dieses könnte im Rahmen von Art. 20 Konvention von Mexiko geschehen; vgl. dazu oben S. 39 ff.

zeichnete⁵⁴⁴ Vorschrift verlangt nach einem entstehungsgeschichtlichen Verständnis: Im Verlauf der Beratungen unterbreitete die Delegation der Vereinigten Staaten den Vorschlag, im Falle fehlender oder ungültiger Rechtswahl nach dem materiellrechtlichen Ansatz zu verfahren. Dazu schlug sie folgenden Artikel vor:

„If the parties have not selected the applicable law, or if this election proves ineffective, the contract shall be governed by the general principles of international commercial law accepted by international organizations“⁵⁴⁵.

Dieser Vorschlag hätte zur einer modifizierten Anerkennung der Vorrangtheorie geführt, welche die *lex mercatoria* per se auf internationale Sachverhalte anwenden will⁵⁴⁶. Da dieser rein materiellrechtliche Ansatz bei den anderen Delegierten aber auf Widerstand stieß, wurde die jetzige Formel als Kompromiss erarbeitet: Zwar bleibt der „proper law approach“ der Grundsatz, Art. 9 Abs. 2 S. 2 bestimmt aber, dass das Gericht auch die von internationalen Organisationen anerkannten allgemeinen Grundsätze des internationalen Handelsrechts in Betracht zu ziehen hat.

Sinn dieser Vorschrift ist es, dem Richter eine weitere Leitlinie an die Hand zu geben, nach der er seine Entscheidung fällen soll⁵⁴⁷. Es ist gleichgültig, ob es sich bei den internationalen Organisationen um Regierungs- oder Nichtregierungsorganisationen (die sogenannten NGOs) handelt⁵⁴⁸. Der Verweis bezieht sich beispielsweise auf die INCOTERMS⁵⁴⁹ der Internationalen Handelskammer (ICC)⁵⁵⁰ und die UNIDROIT-Prinzipien⁵⁵¹. Darüber hinaus hält der Bericht zur Konvention ausdrücklich fest, dass der Verweis sogar noch weiter geht und alle Elemente der *lex mercatoria* umfasst⁵⁵². Dass der Begriff „*lex mercatoria*“ im Vertragstext selbst keine Erwähnung findet, kann mit den großen Unsicherheiten erklärt werden, die ihm noch immer anhaften⁵⁵³. Nicht von dem Verweis umfasst sind demgegenüber die

⁵⁴⁴ Sattar, Ind.J. Global Leg.Stud. 5 (1997), 375, 381; Burman, Vand.J.Trandnat'l L. 28 (1995), 367, 381 bezeichnen sie als „innovativ“.

⁵⁴⁵ Juenger, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 391.

⁵⁴⁶ Vgl. Reithmann/Martiny-Martiny Rn. 62.

⁵⁴⁷ Report of the Rapporteur of Committee I Regarding the Law Applicable to International Contracts, OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1 S. 3.

⁵⁴⁸ Report of the Rapporteur of Committee I Regarding the Law Applicable to International Contracts, OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1 S. 3.

⁵⁴⁹ International Rules for the Interpretation of Trade Terms, I.C.C. Pub. No. 460, 6-7 (1990).

⁵⁵⁰ Veytia, Tul.L.Rev. 69 (1995), 1191, 1195.

⁵⁵¹ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Principles of International Commercial Contracts (1994), abgedruckt in IPRax 1997, 205 ff.; zwar wurden die UNIDROIT-Prinzipien zeitlich erst nach der Konvention von Mexiko fertiggestellt, Entwürfe existierten aber bereits und wurden bei den Vorarbeiten zur Konvention zur Kenntnis genommen; vgl. Explanatory Memorandum on the Draft Convention on the Law Applicable to International Contractual Arrangements (Berichterstatter: Siqueiros), OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/12/93 S. 14 (Original in spanisch) und Report on the Preparation of Standards for the Regulation of International Legal Businesses Requiring them: International Contracts, OEA/Ser.K/XXI.5 CIDIP-V/13/93 S. 5 ff. (Berichterstatter: Siqueiros).

⁵⁵² Report of the Rapporteur of Committee I Regarding the Law Applicable to International Contracts, OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1 S. 3: „It was also understood that the concept of „international organizations“ in this paragraph incorporated all elements of the „*lex mercatoria*.“

⁵⁵³ Vgl. Santos Beldandro, Rev.Der.Com.Emp. 15 (1995), 37, 37 ff. insb. 47 ff.

„Principles of European Contract Law“. Einerseits handelt es sich bei diesen nicht um spezifisch handelsvertragliche Regelungen, andererseits sind sie regional begrenzt.

aa) *Lex Mercatoria*

Bei der in Existenz, Grundlagen und Inhalt im einzelnen umstrittenen⁵⁵⁴ *lex mercatoria* handelt es sich um das vom Welthandel für internationale Sachverhalte selbstgeschaffene „Recht“ übernationalen Charakters⁵⁵⁵. Es entsteht autonom⁵⁵⁶ aus den Usancen der beteiligten Verkehrskreise⁵⁵⁷. Die *lex mercatoria* ist kein staatliches Recht; vielmehr handelt es sich um Verhaltensgrundsätze, die besonders im Rahmen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ihre Bedeutung haben⁵⁵⁸ und an deren Entstehung staatliche Rechtsinstanzen nur teilweise oder mittelbar beteiligt sind⁵⁵⁹. Es handelt sich bei ihr um universales anationales Recht, das keiner bestimmten staatlichen Rechtsordnung entstammt, sondern eine originäre Entwicklung der internationalen Vertragsgestaltungs-, Geschäfts- und Schiedspraxis ist und das im Verhältnis zu staatlichen Rechtsordnungen autonom ist⁵⁶⁰. Sie wird ordnungswirtschaftlich als eine privatautonome Reaktion auf den Umstand angesehen, dass grenzüberschreitende Transaktionen von Akteuren aus verschiedenen Territorialrechtssystemen vorgenommen werden⁵⁶¹: In derartigen Transaktionen ergeben sich – mangels Rechtsvereinheitlichung – besondere Rechtsdurchsetzungsprobleme, deren Lösung Transaktionskosten verursacht⁵⁶². Ihrem Inhalt nach ist sie recht vage⁵⁶³, und es handelt sich im wesentlichen um eine Sammlung von Grundsätzen, die von Parteien im internationalen Handelsverkehr zu beachten sind⁵⁶⁴.

Die *lex mercatoria* setzt sich aus verschiedenen Strukturelementen zusammen⁵⁶⁵, wie dem Völkerrecht⁵⁶⁶, dem internationalen Einheitsrecht in dem Umfang, in dem es allgemeine Rechtsansichten verkörpert⁵⁶⁷, internationalen Handelsbräuchen wie *force majeure* oder *hardship*⁵⁶⁸ sowie allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie *pacta sunt servanda*, *bona fides*, der

⁵⁵⁴ Vgl. allgemein Stein, S. 1 ff.; Maniruzzaman, Am.U.Int'l L.Rev. 14 (1999), 657, 660 ff. m.w.N.

⁵⁵⁵ MünchKomm-Sonnenberger Einl. IPR Rn. 230; Santos Belandro, Rev.Der.Com.Emp. 15 (1995), 37, 39; diese Beschreibung der *lex mercatoria* ist nicht unumstritten, teilweise wird ihre Existenz gar negiert; vgl. zu den verschiedenen Auffassungen Santos Belandro, Rev.Der.Com.Emp. 15 (1995), 37, 37 ff. u. von Bar I Rn. 100 ff.; kritisch auch Roth, Int.Vers.V.R., S. 540 ff.

⁵⁵⁶ A.A. Maniruzzaman, Am.U.Int'l L.Rev. 14 (1999), 657, 670 f.: Internationale Verträge seien niemals völlig zu delokalisieren und daher könnten weder sie, noch die *lex mercatoria*, wirklich autonom seien.

⁵⁵⁷ Karsten Schmidt, Handelsrecht, S. 33.

⁵⁵⁸ Vgl. dazu: Stein S. 244 f.; Karsten Schmidt, Handelsrecht, S. 33; Maniruzzaman, Am.U.Int'l L.Rev. 14 (1999), 657, 694 ff.

⁵⁵⁹ Weise S. 5.

⁵⁶⁰ Stein, S. 187.

⁵⁶¹ Streit, FS Mestmäcker, S. 521, 532.

⁵⁶² vgl. Streit, FS Mestmäcker, S. 521, 532.

⁵⁶³ Staudinger-Magnus Art. 27 EGBGB Rn. 49.

⁵⁶⁴ Zum Inhalt der *lex mercatoria* vgl. Maniruzzaman, Am.U.Int'l L.Rev. 14 (1999), 657, 673 ff.

⁵⁶⁵ Dazu: Weise S. 117 ff.; Santos Belandro, Rev.Der.Com.Emp. 15 (1995), 37, 42 ff; Maniruzzaman, Am.U.Int'l L.Rev. 14 (1999), 657, 660 ff, insb. 672 ff.

⁵⁶⁶ Beispielsweise der Wiener Vertragsrechtskonvention.

⁵⁶⁷ Beispielsweise dem Genfer Wechsel- und Scheckrecht oder dem UN-KaufR.

⁵⁶⁸ Santos Belandro, Rev.Der.Com.Emp. 15 (1995), 37, 45 f.

clausula rebus sic stantibus, dem Schutz wohlervorbener Rechte und dem Enteignungsschutz⁵⁶⁹. Weitere Strukturelemente sind Regelwerke internationaler Organisationen, wie der Internationalen Handelskammer (so die INCOTERMS), der UN Conference on Trade and Development (UNCTAD), der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), des Institut pour l'Unification du Droit (UNIDROIT) und der UN Commission on International Trade (UNCITRAL). Ferner besteht die *lex mercatoria* aus veröffentlichten Schiedssprüchen⁵⁷⁰ und dem internationalen *ordre public*⁵⁷¹. Es handelt sich bei der *lex mercatoria* demzufolge nicht um ein festgeschriebenes Regelwerk, sondern um eine zwar von den genannten Grundsätzen getragene Rechtsmasse, die aber doch amorph und steten Veränderungen unterworfen ist. Diese „Schwammigkeit“ und „Undefinierbarkeit“ sind Hauptkritikpunkte der *lex mercatoria*⁵⁷². Die Kritik an der *lex mercatoria* erfolgt im wesentlichen aus zwei Richtungen: Zum einen wird die Entbehrlichkeit anationalen Rechts behauptet, zum anderen wird der *lex mercatoria* fehlender Rechtsordnungscharakter nachgesagt⁵⁷³.

In jüngerer Zeit werden verstärkt Bemühungen zur Herausbildung derartiger Regeln für speziellere Materien deutlich, die als Unterarten der *lex mercatoria* bezeichnet werden⁵⁷⁴. Zu nennen sind die *lex petrolea*, die *lex electronica*, die *lex constructionis* sowie die *lex maritima*⁵⁷⁵.

bb) Die UNIDROIT-Prinzipien

Die UNIDROIT-Prinzipien, die von dem Verweis in Art. 9 Abs. 2 S. 2 Konvention von Mexiko erfasst werden⁵⁷⁶, verstehen sich gemäß ihrer Präambel als ein Restatement⁵⁷⁷ eines Teils der *lex mercatoria*⁵⁷⁸ und als einen Beitrag zur nichtlegislatorischen Rechtsvereinheitli-

⁵⁶⁹ Zu alldem: *Weise* S. 117 ff.; *Santos Belandro*, *Rev.Der.Com.Emp.* 15 (1995), 37, 42 weist auf die Verbindung zu Art. 38 des IGH-Statuts hin; als weitere allgemeine Rechtsgrundsätze zählt er auf: Die *exceptio de non adimpleti contractus*, die Interpretationsrichtlinie *ut res magis valeat quam pereat*, das Prinzip der *restitutio in integrum*, den Grundsatz der Schadensminimierung, die Anerkennung sog. Goldklauseln, das Verbot der nachträglichen Veränderung staatlichen Rechts, um der Vertragserfüllung zu entgehen.

⁵⁷⁰ Kritisch dazu *Roth*, *Int.Vers.V.R.* S. 542 f. m.w.N. und *Maniruzzaman*, *Am.U.Int'l L.Rev.* 14 (1999), 657, 729.

⁵⁷¹ Zu alldem: *Weise* S. 117 ff.; vgl. auch *Santos Belandro*, *Rev.Der.Com.Emp.* 15 (1995), 37, 46 f.

⁵⁷² Vgl. *Boele-Woelki*, *IPRax* 1997, 161, 164.

⁵⁷³ Vgl. dazu *Stein*, S. 203 ff. m.w.N.

⁵⁷⁴ *Maniruzzaman*, *Am.U.Int'l L.Rev.* 14 (1999), 657, 667.

⁵⁷⁵ *Maniruzzaman*, *Am.U.Int'l L.Rev.* 14 (1999), 657, 668.

⁵⁷⁶ Ihr eigener Anwendungswille kann demgegenüber hier nicht entscheidend sein, vielmehr hängt ihre Anwendbarkeit vom maßgeblichen Kollisionsrecht ab; vgl. *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 593.

⁵⁷⁷ Der Begriff ist als Funktionsbezeichnung gewählt: Ebenso wie die US-amerikanischen Restatements soll – anders als der Begriff insinuiert – nicht bloß die zu einem gewissen Zeitpunkt existierende Rechtssituation dokumentiert werden, sondern es sollen darüber hinaus Anstöße zu einer Veränderung und Gestaltung des Rechts in eine Richtung gegeben werden, die von den Verfassern des Restatements gutgeheißen wird. Den US-amerikanischen Restatements kommt keine Gesetzeskraft zu, dennoch werden sie in Gerichtsurteilen oft zitiert und in einigen Rechtsgebieten von den Gerichten häufig als verbindliche Darstellung eines bestimmten Rechtsgebiets übernommen. Es besteht keine Verpflichtung der Gerichte, ein Restatement zu übernehmen, dies geschieht nur, wenn die Gerichte von deren Qualität überzeugt sind. So konnten die Restatements erhebliche praktische Bedeutung gewinnen. Beispiele sind neben den schon erwähnten Restatements of Conflicts First und Second, das Restatement of the Law of Contracts oder das Restatement of the Law of Torts.

⁵⁷⁸ Vgl. *Boele-Woelki*, *IPRax* 1997, 161, 162 und 164.

chung⁵⁷⁹. Ihr europäisches Pendant sind die „Principles of European Contract Law“⁵⁸⁰. An ihrer Entstehung waren keine Staaten als solche beteiligt, und sie werden auch keinem Ratifikationsprozess zugeführt⁵⁸¹. Es handelt sich um außerstaatlich erarbeitetes, sog. anationales Recht mit Wirkung über den einzelnen Staat hinaus (teils wegen dieser Wirkung auch als „transnationales Recht“ bezeichnet⁵⁸²). Autorität kommt den Prinzipien daher nur kraft ihrer inhaltlichen Qualität, dem offenen und rechtsvergleichenden Verfahren⁵⁸³ ihrer Entstehung und dem Renommee der UNIDROIT zu; sie besitzen lediglich „persuasive authority“⁵⁸⁴.

Die *lex mercatoria* und die UNIDROIT-Prinzipien sind nicht identisch⁵⁸⁵, was sich schon aus dem Selbstverständnis der Prinzipien als Restatement ergibt. Sie wollen zwar den Stand der *lex mercatoria* kodifizieren aber auch Anstöße in neue Richtungen geben⁵⁸⁶ und allgemeine Regeln konkretisieren. Mit größerer Verbreitung der Prinzipien können sie in die *lex mercatoria* aufgehen⁵⁸⁷, eine sehr wahrscheinliche und schon begonnene Entwicklung⁵⁸⁸. *Bonell* qualifiziert die Prinzipien als „eine Art modernes „ius commune“ . . . oder als authentischer Ausdruck dessen, was gemeinhin „lex mercatoria“ genannt wird.“⁵⁸⁹

Diese enge Verbindung der Prinzipien mit der *lex mercatoria* spiegelt sich ferner darin wieder, dass die Präambel die Anwendung der Prinzipien nicht nur dann vorsieht, wenn die Parteien ihre Anwendung vereinbart haben. Sie sollen vielmehr auch dann angewendet werden können, wenn nach der Parteivereinbarung der Vertrag allgemeinen Rechtsgrundsätzen, der *lex mercatoria* oder dergleichen unterliegt⁵⁹⁰. Ferner sehen sie ihren An-

⁵⁷⁹ *Wichard*, *RabelsZ* 60 (1996), 267, 270 f.

⁵⁸⁰ Sie unterscheiden sich von den UNIDROIT-Prinzipien hinsichtlich des begrenzteren räumlichen Geltungsbereichs (nur Europa) und des umfassenderen sachlichen Geltungsbereichs (das gesamte Vertragsrecht statt nur internationale Handelsverträge); vgl. *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 582; *Bonell* S. 85 ff.

⁵⁸¹ Zur Entstehungsgeschichte: *Bonell*, *Am.J.Comp.L.* 40 (1992), 617, 617 ff; zu ihrer Natur *Adame*, *Ann.Surv.Int'l & Comp.L.* 4 (1997), 56, 59 ff.

⁵⁸² Terminologisch enger bei *Roth*, *Int.Vers.V.R.* S. 558.

⁵⁸³ Zum Verhältnis der UNIDROIT-Prinzipien zu den Rechtstraditionen des Common Law und Civil Law vgl. *Adame*, *Ann.Surv.Int'l & Comp.L.* 4 (1997), 56, 68 ff. der weitreichende Übereinstimmungen mit beiden Traditionen feststellt.

⁵⁸⁴ *Wichard*, *RabelsZ* 60 (1996), 267, 271; *Bonell*, *Am.J.Comp.L.* 40 (1992), 617, 625.

⁵⁸⁵ *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 616; *Bonell* S. 211 ff.; *Maniruzzaman*, *Am.U.Int'l L.Rev.* 14 (1999), 657, 677 bezeichnet die UNIDROIT-Prinzipien als *lex ferenda*.

⁵⁸⁶ *Bonell*, *Am.J.Comp.L.* 40 (1992), 617, 623 nennt als Beispiel das die Prinzipien durchziehende Bestreben, den Vertrag weitestmöglich aufrechtzuerhalten (etwa Art. 2.10, 2.11, 2.13, 2.17, 3.2, 3.10, 6.2.1, 6.2.3).

⁵⁸⁷ Vgl. *Boele-Woelki*, *IPRax* 1997, 161, 164: „Es ginge jedoch zu weit, würde man die Principles als die *lex mercatoria* des internationalen Handelsverkehrs qualifizieren. Erst wenn die Akteure des internationalen Handelsverkehrs, die Vertragsparteien, die Schiedsrichter und sogar die Richter die Principles anwenden, könnten sie sich zu gegebener Zeit zu einem Teil der *lex mercatoria* entwickeln. Daß sich eine derartige Entwicklung vollziehen wird, wird weitgehend angenommen.“; ebs. *Bonell* S. 213; a.A. demgegenüber *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998) 580, 616 f., nach dem die *lex mercatoria* sich jeder bindenden Formulierung entziehe und die Prinzipien insoweit auch nicht Teil ihrer werden könnten, sondern die *lex mercatoria* allenfalls in ihrer Rolle ablösen könnten: Unschärfe und Wandelbarkeit der konstituierenden Elemente der *lex mercatoria* stünden im Gegensatz zur beständigen Formulierung der UNIDROIT-Prinzipien.

⁵⁸⁸ *Boele-Woelki*, *IPRax* 1997, 161, 164 m.w.N. (Rn. 26).

⁵⁸⁹ *Bonell*, *RabelsZ* 56 (1992), 274, 287.

⁵⁹⁰ *Juenger*, in *Contratación Internacional* S. 229, 229 sieht in dieser Bestimmung den wirklichen Grund des Entwicklung der Prinzipien: „[T]o codify the new law merchant, the supranational commercial law of our times.“

wendungsraum dort, wo das maßgebliche Recht nicht zu ermitteln ist⁵⁹¹, oder als Auslegungshilfe oder Modell für andere Regelwerke.

Es ergeben sich drei grundsätzliche Funktionen der Prinzipien, die von *Michaels*⁵⁹² als „die aktuell deskriptive, die potentiell präskriptive und die aktuell präskriptive“ bezeichnet werden: Die aktuell deskriptive Funktion sieht er als die eines rechtsvergleichend erarbeiteten Restatements, welches geltendes Recht zusammenfasst und verarbeitet, aber nicht eigenes Recht vorschreibt. Dabei lehnen sich die Prinzipien inhaltlich an schon vorhandenes Einheitsrecht an, berücksichtigen in besonderem Maße die *lex mercatoria* und schöpfen aus verschiedenen nationalen Regelungen⁵⁹³. Sie fußen auf dem gemeinsamen Kern aller Vertragsrechte, verfolgen bei Unterschieden zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen aber eigene Wege (z.B. den der Mehrheit oder den des Rechts, das für den internationalen Handel besser geeignet erschien), so dass sie weit über die deskriptive Funktion hinausgehen⁵⁹⁴. Als potentiell präskriptive Funktion der Prinzipien sieht *Michaels* die mögliche und nach der Präambel gewollte Funktion als Modellgesetz sowohl für nationale Kodifikationen wie für eine mögliche Rechtsvereinheitlichung⁵⁹⁵. Für aktuell präskriptiv erachtet er die Prinzipien, da sie sich auch als unmittelbar anwendbares Recht für internationale Rechtsfälle anbieten⁵⁹⁶. Dies kann den Vorteil der Vermeidung für den internationalen Handel teils wenig geeigneter nationaler Rechte sowie des oft aufwendigen Internationalen Privatrechts haben⁵⁹⁷. Im Verhältnis zu staatlichem Recht (einschließlich staatlich sanktioniertem internationalen Einheitsrecht) bieten sich die Prinzipien, wie sich aus der Präambel ergibt, einerseits als Vertragsstatut an, sei es durch Rechtswahl der Parteien oder durch objektive Anknüpfung; daneben wollen sie aber auch die zukünftige Rechtsentwicklung beeinflussen und andere Regelungen ergänzen⁵⁹⁸.

Der Vorwurf der „Schwammigkeit“, welcher der *lex mercatoria* entgegengehalten wird, resultiert aus einem ihr häufig vorgeworfenen Mangel unmittelbar anwendbarer Normen⁵⁹⁹, ein Mangel der durch die Regelungen der UNIDROIT-Prinzipien behoben scheint. Diese umfassen neben der Präambel 119 Artikel und beinhalten ebenso allgemeine Bestimmungen wie die Vertragsaspekte Abschluss, Gültigkeit, Auslegung, Inhalt, Leistung und Leistungsstörung⁶⁰⁰. Sie enthalten eine umfassende Regelung des Vertragsrechts, die grundsätzlich auf jeden Vertrag angewendet werden könnte. Im Vergleich zum ähnlich gelagerten UN-KaufR

⁵⁹¹ Bislang wird in diesem Fall in dem meisten Staaten auf die *lex fori* zurückgegriffen; in Deutschland dagegen wird auch auf Rechte zurückgegriffen, die mit demjenigen, das nicht ermittelt werden kann, eng verwandt sind (etwa die Mutterrechtsordnung); vgl. *Bonell*, Am.J.Comp.L. 40 (1992), 617, 633.

⁵⁹² *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 584 ff.

⁵⁹³ *Wichard*, *RabelsZ* 60 (1996), 267, 271 m.w.N.

⁵⁹⁴ *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 587.

⁵⁹⁵ *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 588 f., der aber darauf hinweist, dass zwar einzelne Normen der UNIDROIT-Prinzipien Einfluss auf neuere nationale Gesetzbücher ausgeübt haben mögen, die Prinzipien insgesamt aber wohl noch nirgends als Modellgesetz gedient haben.

⁵⁹⁶ *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 590.

⁵⁹⁷ *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 590.

⁵⁹⁸ *Wichard*, *RabelsZ* 60 (1996), 267, 272.

⁵⁹⁹ *Stein* S. 241.

ist nicht nur der Anwendungsbereich der Prinzipien weiter, – nicht nur der Warenkauf, sondern internationale Handelverträge sind ganz allgemein erfasst – auch die getroffenen Regelungen sind umfassender⁶⁰¹.

Neben den einzelnen Vorschriften enthalten die Prinzipien nach dem Muster der nordamerikanischen Restatements auch Kommentare, welche die einzelnen Artikel erläutern und mit Beispielen versehen⁶⁰². Durch diese Kombination konkreter Regeln mit Erläuterungen bilden die UNIDROIT-Prinzipien ein Regelwerk, das unmittelbar angewendet werden kann und durch seine Neutralität, seine international leichte Erschließbarkeit und den speziellen Zuschnitt auf die Bedürfnisse international agierender Parteien beträchtliche Vorteile gegenüber nationalen Rechtsordnungen genießt.

Allerdings bestehen auch Lücken: So wurden beispielsweise Probleme der Ungültigkeit des Vertrages aufgrund fehlender Rechts- oder Geschäftsfähigkeit, fehlender Vertretungsmacht sowie Sitten- oder Rechtswidrigkeit nach Art. 3.1 nicht geregelt. Diese Rechtsgebiete haben auch bei internationalen Handelsverträgen teils herausragende Bedeutung, insbesondere Fragen der Vertretungsmacht treten häufig auf. Auch wird kritisiert, dass die vorhandenen Regelungen nicht ausreichend detailliert seien⁶⁰³.

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs fehlt eine Bestimmung, wann ein Vertrag international ist, um die Prinzipien überhaupt erst zur Anwendung kommen zu lassen. Die den Prinzipien zugrunde liegende Annahme ist, dass ein möglichst weites Konzept von „international“ verwendet werden soll⁶⁰⁴. Nur Fälle, in denen gar kein internationales Element besteht, sollen grundsätzlich vom Anwendungsbereich ausgenommen werden, aber selbst in diesen Fällen sollen die Parteien die Prinzipien im Rahmen der Privatautonomie zur Anwendung kommen lassen können⁶⁰⁵.

Zu beachten ist, dass der Begriff des Handelsvertrages im Sinne der UNIDROIT-Prinzipien weiter als in vielen nationalen Rechten gefasst ist und eher pragmatisch nach einer objektiven Bewertung des Vertragsgegenstandes verstanden wird⁶⁰⁶. Der Kommentar zur Präambel der UNIDROIT-Prinzipien erklärt, dass mit der Beschränkung auf Handelsverträge insbesondere Verbraucherverträge – also Verträge, die nicht in Zusammenhang mit einer geschäftlichen Tätigkeit geschlossen wurden⁶⁰⁷ – vom Anwendungsbereich der Prinzipien ausgenommen werden sollten, da in den nationalen Rechtsordnungen oftmals spezielle Schutzvorschriften für Verbraucher bestehen⁶⁰⁸. Darüber hinaus ist der Begriff des Handelsvertrages im weitest möglichen Sinne zu verstehen und umfasst neben Verträgen über die

⁶⁰⁰ *Boele-Woelki*, IPRax 1997, 161, 162.

⁶⁰¹ *Wichard*, *RabelsZ* 60 (1996), 267, 271.

⁶⁰² *Boele-Woelki*, IPRax 1997, 161, 162.

⁶⁰³ *Adame*, *Ann.Surv.Int'l & Comp.L.* 4 (1997), 56, 71.

⁶⁰⁴ *Bonell*, *Am.J.Comp.L.* 40 (1992), 617, 621; *Siqueiros* in *Contratación Internacional* S. 217, 221.

⁶⁰⁵ *Bonell*, *Am.J.Comp.L.* 40 (1992), 617, 621 f.

⁶⁰⁶ Vgl. *Weise* S. 19.

⁶⁰⁷ *Bonell*, *Am.J.Comp.L.* 40 (1992), 617, 621.

⁶⁰⁸ UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts, Preamble, Comment 2 (S. 2); vgl. auch *Bonell* S. 51.

Lieferung oder den Austausch von Gütern auch andere wirtschaftliche Transaktionen, wie Investitions- oder Konzessionsabkommen und Verträge über Dienstleistungen⁶⁰⁹.

Wie und ob die Prinzipien ihre Ziele erreichen können, hängt davon ab, welchen Raum das staatliche Recht ihnen zukommen lässt⁶¹⁰. So macht es einen beträchtlichen Unterschied, ob das jeweils anwendbare internationale Schuldvertragsrecht die Wahl der UNIDROIT-Prinzipien als kollisionsrechtliche Verweisung betrachtet, sie als bloße materiellrechtliche qualifiziert oder die Prinzipien gar nur als Auslegungshilfe herangezogen werden können⁶¹¹. Die konkrete Rolle der UNIDROIT-Prinzipien ergibt sich also aus dem Raum, welchen die Konvention von Mexiko ihnen gewährt.

cc) *Die Funktion des Art. 9 Abs. 2 S. 2 Konvention von Mexiko*

Fraglich ist die Funktion dieser allgemeinen Grundsätze innerhalb des Art. 9 Abs. 2 Konvention von Mexiko. Es bieten sich zwei grundsätzliche Möglichkeiten an, die beide in der Literatur vertreten werden. Zum einen könnten die besagten allgemeinen Grundsätze zur Bestimmung und Konkretisierung des Rechts der engsten Verbindung und damit des anwendbaren staatlichen Rechts herangezogen werden⁶¹². Zum anderen kann Art. 9 Abs. 2 S. 2 als eigenständige Verweisungsnorm verstanden werden, die es gestattet, neben oder statt des nach Art. 9 Abs. 2 S. 1 bestimmten staatlichen Rechts anationales Recht – wie die *lex mercatoria* oder die UNIDROIT-Prinzipien – anzuwenden⁶¹³. Gegen diese Auffassung kann jedenfalls nicht die Anationalität der berufenen Normen angeführt werden: Nach Ratifikation und Inkrafttreten der Konvention von Mexiko handelt es sich bei dieser um staatliches Recht, das nicht unbedingt nur staatliches Recht zur Anwendung berufen muss⁶¹⁴. Vielmehr stellt sich bei dieser Ansicht die weiterführende Frage, welche Kriterien für die Wahl zwischen dem

⁶⁰⁹ UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts, Preamble. Comment 2 (S. 2).

⁶¹⁰ Vgl. *Wichard*, *RabelsZ* 60 (1996), 267, 273; *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 593.

⁶¹¹ *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 591 f. weist darauf hin, dass die Prinzipien als allgemeines Vertragsrecht und nicht als Mustervertrag konzipiert sind. Folglich wollten sie auch in erster Linie nicht innerhalb der von einem objektiven Recht gewährten Vertragsfreiheit als Vertragsinhalt gelten, sondern selbst das objektive Recht sein, das auf den Vertrag anwendbar ist. Ob sie als solches aber auch Anwendung finden können, sei Sache des IPR. Da sie große Bereiche, etwa des besonderen Vertragsrechts nicht regelten, könnten sie jedenfalls nur in dem von ihnen umfassten Bereich, dem allgemeinen Vertragsrecht, nationale Rechte ersetzen.

⁶¹² So: *Opertti Badán/Fresnedo de Aguirre* S. 35; *Fresnedo de Aguirre*, *An.Der.Com.* 7 (1996), 191, 201; *Fernández Arroyo*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 84 (1995), 178, 184; *Fernández Arroyo*, *Rev.Esp.Der.Int.* 46 (1994), 929, 933 (1994); *Pereznieto Castro*, *Riv.Dir.Int.Priv.Proc.* 30 (1994), 765, 773; *Levy Saavedra*, *Rev.Jur.Perú* 48 (1998), 315, 322; *Lamm* S. 272 ff. der allerdings an der Durchführbarkeit zweifelt, ebs. *Herbert*, *Rev.Urug.DIP* 1 (1994), 45, 58 f.

⁶¹³ So: *Boele-Woelki*, *IPRax* 1997, 161, 169; *Hernández-Bretón*, *IPRax* 1998, 378, 383; *Sattar*, *Ind.J. Global Leg.Stud.* 5 (1997), 375, 381; *Veytia*, *Tul.L.Rev.* 69 (1995), 1191, 1195; *Veytia*, *Jurídica* 25 (1995-II), 383, 390; *Siqueiros* in *Contratación Internacional*, S. 217, 223; *Baumann*, *Das Recht Deutschlands und der Schweiz im Dialog* 5 (1996), 2, 30; auch: *Boggiano*, *Uniform L.Rev.* 1 (1996), 219, 220, der darauf hinweist, dass die *lex mercatoria* von staatlichem Recht eingerahmt bleibe, was durch die Bestimmungen des Art. 11 deutlich werde (näher zu diesem zutreffenden Hinweis unten); undeutlich dagegen *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 42 (1994), 381, 391 (der hier genannten Ansicht zuneigend) und *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 45 (1997), 195, 206 (eher der o.g. a.A. folgend); *Sosa* S. 118, der durch Art. 9 Abs. 2 S. 2 die Möglichkeit eröffnet sieht, die „usos y costumbres profesionales utilizados en el comercio internacional, como complementarios del derecho aplicable“ anzuwenden; vgl. auch *Gonzalez de Cossio*, *Jurídica* 27 (1997), 119, 149.

nach S. 1 ermittelten staatlichem Recht und anationalem Recht gelten in welchem Verhältnis zueinander diese Rechtsordnungen stehen.

(1) *Art. 9 Abs. 2 S. 2 als Verweisungsnorm*

Nach verbreiteter Auffassung handelt es sich bei Art. 9 Abs. 2 S. 2 um eine eigenständige Verweisungsnorm⁶¹⁵. Die Verweisung auf die „allgemeinen Grundsätze“ und damit auf anationales Recht sei in bewusster Opposition zum EVÜ in die Konvention von Mexiko aufgenommen worden, da der Ausschluss der *lex mercatoria* durch das EVÜ den Anforderungen des internationalen Handels nicht gerecht werde⁶¹⁶.

Bei diesem Ansatz stellt sich die weitergehende Frage, wie die Auswahl zwischen dem nach Art. 9 Abs. 2 S. 1 berufenem staatlichem Recht und dem anationalen Recht des Art. 9 Abs. 2 S. 2 stattzufinden hat, und in welchem Verhältnis zueinander die beiden möglicherweise zur Anwendung kommenden Rechtsordnungen stehen.

(a) *Art. 9 Abs. 2 S. 2 als subsidiäre Verweisungsnorm*

*Samtleben*⁶¹⁷ sieht Art. 9 Abs. 2 S. 2 als eine subsidiäre Verweisungsnorm: Die allgemeinen Grundsätze sollen hilfsweise als materiellrechtliche Regeln zur Anwendung kommen, wenn es dem Richter nicht gelingt, das maßgebende Recht nach den objektiven oder subjektiven Kriterien des Art. 9 Abs. 2 S. 1 zu bestimmen. Anationales Recht soll als Ersatzrecht fungieren. Die Abgrenzung zwischen der Anwendung staatlichen Rechts nach Art. 9 Abs. 2 S. 1 und der Anwendung anationalen Rechts nach Art. 9 Abs. 2 S. 2 erfolgt nach dem formalen Kriterium der Bestimmbarkeit des staatlichen Rechts. Für diesen Ansatz spricht, dass er dem Anwendungswunsch der UNIDROIT-Prinzipien Rechnung trägt: Diese bieten sich in Abs. 4 der Präambel⁶¹⁸ ausdrücklich als Ersatzrecht an, freilich bezogen auf den Fall, dass der Inhalt des anwendbaren Rechts nicht ermittelt werden kann, während *Samtleben* die Prinzipien dann anwenden will, wenn schon die anwendbare Rechtsordnung nicht ermittelt werden kann. Zugegebenermaßen ein nur marginaler Unterschied. Eine ähnliche Ansicht vertritt *Veytia*, wonach anationales Recht auch dann anwenden sei, wenn die Kosten und Mühen der Ermittlung des staatlichen Rechts außer Verhältnis zum Rechtsstreit stünden⁶¹⁹.

Die Anwendung eines objektiven anationalen Rechts ist in diesen Fällen eher im Parteiinteresse als ein einfaches Zurückgreifen auf die *lex fori*, die in der Mehrzahl der Fälle

⁶¹⁴ Vgl. *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 621, der in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass etwa Art. 1134 des französischen Code Civil Verträge zwischen privaten Parteien zu geltendem Recht zwischen diesen erklärt.

⁶¹⁵ Vgl. die Nachweise oben Fn. 613.

⁶¹⁶ *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 42 (1994), 381, 389 f.; zum Vorteil, den die Anwendung der *lex mercatoria* als materielles Einheitsrecht dem internationalen Handel bietet vgl. oben und *Malloy*, *Fordham Int'l L. J.* 19 (1995), 662, 662 ff.

⁶¹⁷ *Samtleben*, *IPRax* 1998, 385, 390; ebs. aber ohne Ausführungen dazu, wann die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen *Adame*, *Ann.Surv.Int'l & Comp.L.* 4 (1997), 56, 71 f.

⁶¹⁸ Präambel Abs. 4: „[Die Prinzipien] können eine Lösung eines aufgeworfenen Problems bieten, wenn es sich als unmöglich erweist, die maßgebende Regel des anzuwendenden Rechts zu ermitteln.“

⁶¹⁹ *Veytia*, *Jurídica* 25 (1995-II), 383, 390.

einer Partei näher stehen wird als der oder den anderen⁶²⁰. Gegen diese Ansicht spricht demgegenüber, dass sich aus dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 kein Subsidiaritätsverhältnis von anationalem zu staatlichem Recht ableiten lässt. Vielmehr spricht der Wortlaut, indem er „auch“ (también / also) verwendet, gerade gegen die Annahme eines Stufenverhältnisses und stellt nationales Recht und die allgemeinen Grundsätze auf eine Ebene.

(b) *Art. 9 Abs. 2 S. 2 als alternative Verweisungsnorm*

Eine andere Möglichkeit ist es, Art. 9 Abs. 2 S. 2 als eine alternative Lösungsmöglichkeit, zusätzlich zum sonst in Art. 9 vorgesehenen Kollisionsnormsystem, zu verstehen⁶²¹. In diesem Sinne verbindet eine auf *Juenger* aufbauende Ansicht Art. 9 Abs. 2 S. 2 mit Art. 10: Diese bestimmten, dass das Recht anzuwenden sei, welches der materiellen Gerechtigkeit und den Bedürfnissen des internationalen Handels am ehesten gerecht werde⁶²². Die Entscheidung zwischen der Anwendung anationalen oder nationalen Rechts erfolgt hier nicht nach formalen Kriterien, vielmehr ist zu entscheiden, welches Recht im konkreten Fall das materiell vorzugswürdigere ist. Die Finalität wird dabei von Art. 10 vorgegeben: Dessen Grundsatz der Orientierung an den Erfordernissen von Recht und Gerechtigkeit im konkreten Fall ist nach dieser Ansicht die Leitlinie zur Entscheidung zwischen der Anwendung nationalen oder anationalen Rechts.

Entscheidendes Argument dieser Lösung ist der Sinnzusammenhang zwischen den Artt. 9 Abs. 2 S. 2 und 10, der eine isolierte Betrachtung des Art. 9 verbiete: Beide Artikel benennen Strukturelemente der *lex mercatoria* und beide berufen anationales Recht zur Anwendung. Weil Art. 10 überdies auch bei der objektiven Anknüpfung anwendbar sei⁶²³, biete es sich an, das Kriterium zur Bestimmung des Anwendungsbereichs von Art. 9 Abs. 2 S. 2 aus ihm zu gewinnen.

Bei einer solchen Interpretation handelt es sich um die gegenüber einer formalen Abgrenzung flexiblere Lösung, die dem Richter oder Schiedsrichter größtmögliche Entscheidungsfreiheit gewährt. Dieser hat die Möglichkeit, auf einen internationalen Vertrag einerseits das Recht des Staates anzuwenden, mit dem die engsten Verbindungen bestehen. Andererseits kann aber auch anationales Recht, wobei sich die UNIDROIT-Prinzipien als Teilkodifikation der *lex mercatoria* anbieten würden, auf den Vertrag angewendet werden⁶²⁴. Dies funkti-

⁶²⁰ Veytia, *Jurídica* 25 (1995-II), 383, 390.

⁶²¹ *Hernández-Bretón*, *IPRax* 1998, 378, 383; in diesem Sinne auch: *Fernández Arroyo*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 84 (1995), 178, 184.

⁶²² *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 45 (1997), 195, 206; die gleiche Ansicht vertritt auch *Parra-Aranguren* in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, S. 299, 309 Fn. 25, der darauf hinweist, dass Art. 9 Abs. 2 S. 2 und Art. 10 identische Ziele verfolgen; vgl. auch *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 92; Art. 9 Abs. 2 S. 2 und Art. 10 verbindend auch *Arcgani*, *Rev.Jur.Arg. La Ley* 1996 A S. 1434, 1442.

⁶²³ Vgl. dazu unten S. 90 ff.

⁶²⁴ Enger demgegenüber *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 604, der nur „eine Modifikation des objektiven [staatlichen, *der Verf.*] Vertragsstatuts und so eine zumindest partielle objektive Geltung der Principles“ anerkennt.

oniert natürlich nur insoweit, als dieses Recht selbst keine Regelungslücken enthält⁶²⁵. Können diese Regelungslücken nicht aus dem System des zur Anwendung berufenen anationalen Rechts geschlossen werden, müsste auf das nationale Recht der engsten Verbindung zurückgegriffen werden⁶²⁶.

Nach Vertretern dieser Ansicht handelt sich bei Art. 9 Abs. 2 um einen „höchst flexiblen Mechanismus“, der erlaube, nationales oder nichtstaatliches Recht anzuwenden, um für Ergebnisgerechtigkeit zu sorgen und den Bedürfnissen des internationalen Handels gerecht zu werden⁶²⁷. Gerade auf diese Bedürfnisse hin wurden die UNIDROIT-Prinzipien entworfen. Diese Lösung genießt den Vorteil, dass sie dem in der Präambel der Konvention von Mexiko postulierten Ziel der Erleichterung internationaler Transaktionen Rechnung trägt. Wird von einer eingeräumten Möglichkeit, anationales Sachrecht anzuwenden, konsequent Gebrauch gemacht, kann keine Partei durch Anwendung ihres Heimatrechts potenziell bevorzugt werden. Weiter steigt die Rechtssicherheit, was eine Transaktionskostensenkung zur Folge hat. Eine weitgehende Anwendung anationalen Rechts kann also auch im gemeinsamen Parteiinteresse liegen. Falls keine Rechtswahl von den Parteien getroffen wurde, wird seine Anwendung vielfach auch materiell die bessere Lösung sein, da nationales Recht oft nur mangelhaft auf internationale Sachverhalte zugeschnitten ist⁶²⁸.

(c) *Anwendungsraum des anationalen Rechts bei Verständnis des Art. 9 Abs. 2 S. 2 als eigenständige Verweisungsnorm*

Wird dem Ansatz (in einer der beiden o.g. Ausprägungen) gefolgt, dass anationales Recht objektiv angeknüpfte *lex causae* sein kann, stellt sich die Folgefrage, welchen Raum dieses anationale Recht einnimmt⁶²⁹. Konsequenz ist allein, wofür neben dem Wortlaut („auch“) die Entstehungsgeschichte (Art. 9 Abs. 2 S. 2 als Ausprägung des materiellrechtlichen Ansatzes) spricht, S. 2 als kollisionsrechtlichen und nicht nur materiellrechtlichen Verweis zu sehen⁶³⁰: Neben oder statt des nach Art. 9 Abs. 2 S. 2 bestimmten staatlichen Rechts (im Falle der Dépeçage können dies mehrere sein⁶³¹) wären die allgemeinen Prinzipien anzuwenden und zwar als eigenständige Rechtsordnung. In diesem Rahmen wären dann etwa die in den

⁶²⁵ Baumann, Das Recht Deutschlands und der Schweiz im Dialog 5 (1996), 2, 30 f. will in diesem Fall wieder „auf die kollisionsrechtliche Anknüpfung“ zurückgreifen. Indes handelt es sich bei der Anwendung anationalen Rechts um nichts anderes als eine Ausprägung der kollisionsrechtlichen Anknüpfung. Neben der alternativen Anwendung nationalen Rechts (also genau dem Gegenteil der von *Samtleben*, propagierten subsidiären Lösung) kommt auch eine lückenfüllende Auslegung anationalen Rechts in Betracht, um die Notwendigkeit des Rekurs zum staatlichen Recht zu begrenzen.

⁶²⁶ Baumann, Das Recht Deutschlands und der Schweiz im Dialog 5 (1996), 30 f. spricht vom Zurückgreifen „auf die kollisionsrechtliche Anknüpfung“, vgl. vorige Fn.

⁶²⁷ Hernández-Bretón, IPRax 1998, 378, 383.

⁶²⁸ Juenger, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 206.

⁶²⁹ Diese Problem stellt sich nur, wenn Art. 9 Abs. 2 S. 2 nicht als ein Kriterium zur Ermittlung des Staates der engsten Verbindung verwendet wird.

⁶³⁰ In diesem Sinne auch: Fernández Arroyo, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 84 (1995), 178, 184; Hernández-Bretón, IPRax 1998, 378, 383; vgl. auch *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 390, der die Vorschrift bei solcher Anwendung neben Art. 10 für funktionslos hält.

⁶³¹ S.u. S. 97 ff.

UNIDROIT-Prinzipien enthaltenen zwingenden Normen (vgl. Art. 1.5) ebenso zwingend wie es die einer beliebigen nationalen Rechtsordnung wären⁶³². Selbstverständlich blieben gewisse Bindungen zu nationalen Rechtsordnungen bestehen; dafür sorgen die zwingenden Bestimmungen des Art. 11 und der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 18.

Der Unterschied zwischen Art. 9 Abs. 2 S. 1 und S. 2 besteht nach diesen Auffassungen darin, dass in S. 1 immer ein staatliches Recht (nämlich das, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist) zur Anwendung berufen wird, während S. 2 auch nichtstaatliches Recht zur Anwendung beruft. Diese neue Formel versuche, die traditionell entgegengesetzten Ansichten der Rechtspositivisten und der Befürworter anationalen Rechts (vor allem der *lex mercatoria*) zu versöhnen⁶³³. Der klassische Konflikt zwischen Rechtspositivisten und „Aposteln der neuen *lex mercatoria*“⁶³⁴ werde durch Art. 9 Abs. 2 S. 2 nicht etwa in einem Sinne entschieden, sondern es werde im Hegelschen Sinne die These mit der Antithese zur Synthese verbunden. Durch diese Verbindung des „proper law approach“, der im Savignischen Sinne den „Sitz des Vertrages“ zu ermitteln sucht, mit der Verweisung auf die allgemeinen Grundsätze des Handelsrechts kombiniert Art. 9 nach diesen Auffassungen also den multilateralen mit dem materiellrechtlichen Ansatz: Klassisches Kollisionsrecht wird gemeinsam mit materiellem Sachrecht berufen, um internationale Sachverhalte zu beurteilen.

Diese Lösung vermischt mit den Worten *Juengers* Wasser und Öl und wird wenig Gefallen bei Puristen finden⁶³⁵. Dennoch schätzt er sie – von ihm stammte schließlich der Vorschlag, im Fall fehlender oder ungültiger Rechtswahl immer den materiellrechtlichen Ansatz zur Anwendung kommen zu lassen – positiv ein, da sie erlaube, mühevollen Untersuchungen nationaler Rechte zu unterlassen und stattdessen auf die Regelungen der UNIDROIT-Prinzipien zu vertrauen⁶³⁶. Seine Einschätzung ist, dass das „Öl der Supranationalität“ im gewöhnlichen Gang der Dinge über das Wasser der positiven Rechte steigen werde⁶³⁷, eine Einschätzung die auch von *Parra-Aranguren* geteilt wird⁶³⁸.

Die Vorteile dieser Lösung liegen auf der Hand: Das im IPR zu beobachtende „Heimwärtsstreben“⁶³⁹ kann in hohem Maße auf die mit der Ermittlung ausländischen Rechts zusammenhängenden Probleme und Mühsal zurückgeführt werden. Neben reinen Sprachproblemen drängen sich Schwierigkeiten beim Quellenzugriff und dem Verständnis von Regelungen auf, die möglicherweise aus ihrem Sinnzusammenhang gerissen werden. Auch für die Vertragsparteien ist die Anwendung staatlichen Rechts häufig nicht ideal: Die Anwendung des Heimatrechts einer Partei ist für diese unabhängig vom konkreten Inhalt des Rechts ein

⁶³² *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 599.

⁶³³ *Hernández-Bretón*, *IPRax* 1998, 378, 383.

⁶³⁴ Dazu: *Maniruzzaman*, *Am.U.Int'l L.Rev.* 14 (1999), 657, 697 ff.; *Hernández-Bretón*, *IPRax* 1998, 378, 378 ff.

⁶³⁵ *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 42 (1994), 381, 391.

⁶³⁶ *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 42 (1994), 381, 391.

⁶³⁷ *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 42 (1994), 381, 391; vgl. auch *Juenger*, in *Contratación Internacional*, S. 229, 236.

⁶³⁸ *Parra-Aranguren* in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, S. 299, 309.

Vorteil. Diese Probleme stellen sich nicht, wenn statt dessen etwa die UNIDROIT-Prinzipien angewendet werden. Diese liegen in den verschiedensten Sprachen vor, ihr Inhalt ist dementsprechend leicht zu ermitteln, und sie sind sogar von der UNIDROIT selbst schon mit einem erläuternden Kommentar versehen.

Wird diesem Ansatz gefolgt, besteht auch die Möglichkeit, die Rechtsprechung der staatlichen Gerichte an die der Schiedsgerichte, die regelmäßig anationales Recht anwenden können⁶⁴⁰, anzugleichen. Der Gegensatz zwischen staatlichen und privaten Gerichten würde sich reduzieren.

Auf der anderen Seite ist das Ergebnis dieses Prozesses für die Parteien natürlich kaum vorhersehbar, dies muss aber – sie haben ja von ihrer Parteiautonomie keinen Gebrauch gemacht – nicht nachteilig sein. Nach *Juenger* haben die Parteien keinen Grund zur Beschwerde, wenn durch ihre unterlassene Rechtswahl ein Recht höherer Qualität zur Anwendung berufen werde⁶⁴¹. Zutreffend ist jedenfalls, dass es sich – wenn anationales Recht zur Anwendung kommt – jedenfalls um ein neutrales Recht handelt, das speziell aus den Anforderungen des internationalen Handels entstanden ist. Eine breite Anwendung anationalen Rechts könnte ferner den in der Konvention von Mexiko abweichend vom EVÜ gelösten Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Ergebnisgerechtigkeit erheblich entschärfen.

(d) *Lex Mercatoria und UNIDROIT-Prinzipien nur bei internationalen Handelsverträgen*

In diesem Zusammenhang sei zur Verdeutlichung darauf hingewiesen, dass die soeben genannten Auffassungen die *lex mercatoria* oder die UNIDROIT-Prinzipien nur dann zur Anwendung kommen lassen, wenn ein internationaler Handelsvertrag vorliegt. Dies wird zwar bei der Mehrzahl der internationalen Verträge so sein, insbesondere weil der Begriff des internationalen Handelsvertrags sehr weit gefasst ist⁶⁴². Nicht umfasst sind aber vor allem Verbraucherverträge oder große Bereiche der Arbeitsverträge. Da auch Nichthandelsverträge grundsätzlich (also wenn keine Erklärung gemäß Art. 1 gemacht wurde) dem Anwendungsbereich der Konvention von Mexiko unterliegen, ist in solchen Fällen allein auf das Recht des Staates abzustellen, mit dem der Vertrag die engste Verbindung hat. Anationales

⁶³⁹ Vgl. *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 390; *Symeonides*, Willamette L.Rev. 37 (2001), 1, 43 spricht von einem „de facto forum favoritism“.

⁶⁴⁰ Nach Art. 28 des UNCITRAL-Modellgesetzes bestimmt sich das anwendbare Recht im internationalen Schiedsverfahren in erster Linie nach der Wahl der Parteien (Art. 1). Nach Ermächtigung durch die Parteien kann eine Entscheidung nach Billigkeit erfolgen (Abs. 3; *ex aequo et bono*). Ansonsten ist nach Abs. 2 das vom Schiedsrichter für anwendbar erachtete Kollisionsrecht anzuwenden, um dann das Vertragsstatut zu bestimmen. Diese Lösung hat in Deutschland in § 1051 ZPO ihren Niederschlag gefunden. Aus der Möglichkeit nach Billigkeit zu entscheiden wird im Erstrecht-schluss gefolgert, dass auch die Anwendung etwa der UNIDROIT-Prinzipien zulässig sei. Vgl. *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), 580, 595 f., 598 m.w.N.; *Bonell*, Am.J.Comp.L. 40 (1992), 617, 630 f.; *Siqueiros* in *Contratación Internacional*, S. 217, 226; *Maniruzzaman*, Am.U.Int'l L.Rev. 14 (1999), 657, 686.

⁶⁴¹ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 206.

⁶⁴² Vgl. S. 79 ff.

Recht kann in diesen Fällen auch nicht im Rahmen des Art. 10 zur Anwendung kommen, da dieser ebenfalls auf Handelsverträge zugeschnitten ist⁶⁴³.

(2) *Art. 9 Abs. 2 S. 2 als Hilfe zur Ermittlung der engsten Verbindung*

Nach der Gegenansicht können die in Art. 9 Abs. 2 S. 2 genannten Prinzipien nur zur Feststellung des anzuwendenden staatlichen Rechts herangezogen werden⁶⁴⁴. Sie wird von der Systematik des Art. 9 gestützt: Dieser sieht in Abs. 1 vor, dass bei fehlender oder ungültiger Rechtswahl durch die Parteien das Recht des Staates Anwendung findet, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist. Art. 9 Abs. 2 S. 1 bestimmt, dass dieses Recht der engsten Verbindung ermittelt wird, indem alle objektiven und subjektiven Vertragselemente in Betracht gezogen werden. Art. 9 Abs. 2 S. 1 schreibt mithin vor, wie das Recht des Staates, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen hat, ermittelt wird. Dann bestimmt Art. 9 Abs. 2 S. 2, dass das Gericht auch die von internationalen Organisationen anerkannten allgemeinen Grundsätze des internationalen Handelsrechts zu beachten hat. Der Sinnzusammenhang mit S. 1 scheint klar: Es geht auch hier darum, das Recht der engsten Verbindung aufzuspüren.

Diese Ansicht wird häufig apodiktisch unter Hinweis auf den Inhalt der durch Art. 9 Abs. 2 S. 2 Konvention von Mexiko berufenen allgemeinen Prinzipien verworfen⁶⁴⁵: Von internationalen Organisationen anerkanntes Kollisionsrecht sei selten⁶⁴⁶. Die *lex mercatoria* enthalte ebenso wie die UNIDROIT-Prinzipien materielles Sachrecht und gerade keine Kollisionsnormen, die bei der Ermittlung des Rechts der engsten Verbindung behilflich sein könnten⁶⁴⁷. Beide böten keine Anhaltspunkte dafür, wie der Staat, mit dem die engsten Verbindungen bestehen, zu ermitteln wäre, noch nennen sie Elemente, die bei dieser Ermittlung in Betracht gezogen werden könnten; Ziel der von internationalen Organisationen anerkannten allgemeinen Prinzipien des internationalen Handelsrechts sei es vielmehr, in direkter und unmittelbarer Weise ein gestelltes Problem materiell zu lösen⁶⁴⁸.

Dennoch ist dieser Lösungsansatz gangbar und überzeugend, da er es vermeidet, sich wie die Gegenansicht über die Konventionssystematik hinwegzusetzen: Die Norm kann zukunfts offen verstanden werden. Zwar mag es bislang wenig Kollisionsrecht der erforderlichen Natur geben, dies könnte sich aber durchaus ändern, etwa im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO, engl. ILO) im Bereich des Arbeitsrechts. Für eine solche

⁶⁴³ Vgl. S. 96 ff.

⁶⁴⁴ Vgl. die Nachweise oben Fn. 612.

⁶⁴⁵ So etwa *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 390. Auch *Herbert*, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 45, 58 f. anerkennt diesen Mangel. Dennoch sieht er aufgrund des Art. 17 keine andere Interpretationsmöglichkeit. Zu diesem Argument s.u. S. 132 ff.

⁶⁴⁶ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 390 Fn. 47.

⁶⁴⁷ *Maniruzzaman*, Am.U.Int'l L.Rev. 14 (1999), 657, 682: „[T]here are no adequate or developed lex mercatoria conflict of law rules, nor does there lie any prospect of such rules in the foreseeable future.“

⁶⁴⁸ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 383.

Auslegung spricht Art. 3 Konvention von Mexiko⁶⁴⁹, der sie für den Bereich des e-commerce explizit vorsieht: Die Konvention ist zukunfts offen konzipiert. Damit trifft die Prämisse der Gegenansichten, dass diese Auffassung undurchführbar sei, nicht zu. So fehlt schon die Basis, welche der Gegenansicht überhaupt erst die Rechtfertigung bietet, die systematische Auslegung der Konvention zu umgehen: Das systematische Argument ist unüberwindlich, jedenfalls solange die systematische Auslegung zu sinnvollen Ergebnissen führt. Dieser Vorrang der systematischen Auslegung ergibt sich aus der Bedeutung, die ihr von Art. 31 Abs. 1 Wiener Vertragsrechtskonvention eingeräumt wird. Sinnvolle Ergebnisse können durch die hier vertretene, von der Gesamtsystematik der Konvention gestützte, zukunfts offene Auslegung erreicht werden. Daher ist es nicht möglich, sich über die Systematik der Konvention hinwegzusetzen.

Die Gefahr der Gegenansicht ist überdies, dass Gerichte – speziell solche, die sich selten mit internationalen Sachverhalten zu befassen haben – den wohl verlockenden Weg einer „Erhebung“ nationalen Rechts in den Rang allgemeiner Rechtsgrundsätze beschreiten. Damit wären die beschriebenen Vorteile der Anwendung nationalen Rechts aufgehoben. Eine solche Rechtsanwendung würde allerdings dem der Konvention von Mexiko zugrundeliegenden legislatorischen Willen vollends zuwiderlaufen. Gerade die Präzision der UNIDROIT-Prinzipien mindert jedoch diese Gefahr, was deren Bedeutung erneut unterstreicht.

§ 2 Die Normen, Gewohnheiten und Grundsätze des internationalen Handelsrechts: Art. 10 Konvention von Mexiko

Nach Art. 10 Konvention von Mexiko finden zusätzlich zu den Bestimmungen der vorhergehenden Artikel die Richtlinien, Gewohnheiten und Grundsätze des internationalen Handelsrechts sowie allgemein anerkannte Handelsbräuche und -praktiken Anwendung, um den Anforderungen von Recht und Gerechtigkeit in jedem Einzelfall Geltung zu verschaffen. Es handelt sich dabei um eine Ausprägung des materiellrechtlichen Ansatzes⁶⁵⁰.

Der Kreis der von Art. 10 berufenen Normen ist somit weit gesteckt: Nicht nur wird wie in Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR oder auch § 346 HGB auf Handelsbräuche und -praktiken Bezug genommen („commercial usage and practices generally accepted“). Darüber hinaus wird ähnlich wie in Art. 9 Abs. 2 S. 2 Konvention von Mexiko auch auf die Richtlinien, Gewohnheiten und Grundsätze des internationalen Handelsrechts verwiesen. Dabei handelt es sich um nichts anderes, als um eine verklausulierte Berufung der gesamten *lex mercato-*

⁶⁴⁹ Vgl. oben S. 50 ff.

⁶⁵⁰ Juenger, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 391.

ria⁶⁵¹. Indem Art. 10 als Ziel der Entscheidung die Schaffung von „Recht und Gerechtigkeit“ nennt, werden zugleich die bedeutendsten Strukturelemente der *lex mercatoria* benannt⁶⁵².

Die Formulierung „um . . . zu“ (in order to / con la finalidad de realizar) lässt erkennen, dass Finalität der Vorschrift die Schaffung von Einzelfallgerechtigkeit ist⁶⁵³. Der Verweis auf die „vorhergehenden Artikel“ macht deutlich, dass Art. 10 anders als Art. 9 Abs. 2 S. 2 nicht nur im Falle fehlender oder ungültiger Rechtswahl zu beachten ist, sondern auch bei erfolgter Rechtswahl (Art. 7 Konvention von Mexiko). Die folgenden Ausführungen betreffen daher sowohl den Fall, dass eine Rechtswahl erfolgte, als auch denjenigen, dass keine (gültige) Rechtswahl erfolgte.

I. Normzweck

Die Berufung von Bräuchen und den Richtlinien, Gewohnheiten und Grundsätzen des internationalen Handelsrechts unterstreicht die Bedeutung, welche die Konvention materieller Gerechtigkeit (als Komplementäerscheinung kollisionsrechtlicher Gerechtigkeit) beimisst⁶⁵⁴. Die Herausstellung dieser Leitlinien in Art. 10 wurde angesichts der Rechtssituation in vielen Staaten Lateinamerikas für nötig gehalten: Da viele lateinamerikanische Gerichte Verträge nur wörtlich auslegen, werden deren Entscheidungen häufig für unbillig gehalten⁶⁵⁵. Auch wird ein exzessives Festhalten am Grundsatz von *pacta sunt servanda* festgestellt⁶⁵⁶. So ist beispielsweise die Anwendung von Prinzipien wie der *clausula rebus sic stantibus* ebenso wenig verbreitet, wie Gerichte geneigt sind, Handelsbräuche in Betracht zu ziehen, wenn auch nur ein scheinbarer Konflikt mit dem Wortlaut des Vertrages vorliegt⁶⁵⁷. Ein solcher Formalismus in Entscheidungen ist nach Ansicht *Kozolchyks* typisch für wirtschaftlich weniger entwickelte Staaten (wie viele Staaten Lateinamerikas), unabhängig davon, ob es sich um Staaten aus dem Bereich des Civil Law oder des Common Law handelt⁶⁵⁸.

Sinn und Zweck des auf einen Vorschlag der US-Delegation zurückgehenden Art. 10 ist es, das Ausmaß zu vergrößern, in dem die Vorstellungen der Handelsparteien beachtet und die im internationalen Handelsverkehr anerkannten Handelsbräuche und -praktiken durch die Konvention berufen werden⁶⁵⁹. Es sollte eine Norm geschaffen werden, die den

⁶⁵¹ *Veytia*, Tul.L.Rev. 69 (1995), 1191, 1197; *Malloy*, Fordham Int'l L. J. 19 (1995), 662, 715; *Sosa* S. 119; vgl. auch *Perezniето Castro* in *Contratación Internacional*, S. 209, 215 nach dem die Gebräuche und Praktiken des Art. 10 die *lex mercatoria* ausmachen; zur Begründung, warum der Begriff *lex mercatoria* vermieden wurde vgl. schon oben S. 76 ff.

⁶⁵² *Veytia*, Tul.L.Rev. 69 (1995), 1191, 1197 f. und oben bei Art. 9 Abs. 2. S. 2; *Veytia*, *Jurídica* 25 (1995-II), 383, 390 f.

⁶⁵³ *Operti Badán*, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 13, 35; *Fresnedo de Aguirre*, An.Der.Com. 7 (1996), 191, 202.

⁶⁵⁴ Vgl. *Juenger*, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 392.

⁶⁵⁵ *Kozolchyk*, Am.J.Comp.L. 46 (1998), 151, 175; vgl. aber auch *Garro*, Am.J.Comp.L. 40 (1992), 587, 609 f., der darauf hinweist, dass etwa das Konzept von *bona fides* im Stadium der Vertragsanbahnung auch in Lateinamerika verbreitet ist und im argentinischen und paraguaynischen Gesetzbuch verankert ist.

⁶⁵⁶ *Veytia*, Tul.L.Rev. 69 (1995), 1191, 1199 ff.

⁶⁵⁷ *Kozolchyk*, Am.J.Comp.L. 46 (1998), 151, 175.

⁶⁵⁸ *Kozolchyk*, Am.J.Comp.L. 46 (1998), 151, 175.

⁶⁵⁹ *Burman*, Vand.J.Transnat'l.L. 28 (1995), 367, 381.

internationalen Handel fördert und vereinfacht, indem sie mit den internationalen Handelsbräuchen diejenigen Grundsätze zur Anwendung beruft, auf denen ein Großteil des internationalen Handels beruht⁶⁶⁰. Der größte Anwendungsbereich wird Art. 10 bei der Auslegung der in internationalen Handelsverträgen enthaltenen Bestimmungen zukommen⁶⁶¹, um den Vertragsbestimmungen eine Bedeutung beimessen zu können, die dem internationalen Charakter des Vertrages sowie den gemeinsamen Parteierwartungen gerecht wird; daneben sind aber auch andere Korrektur- und Anpassungseingriffe in das sonst anwendbare nationale Recht möglich⁶⁶² (z.B. durch die *clausula rebus sic stantibus*, *force majeure*, etc.).

II. Das Finalitätskriterium

Die Bezugnahme auf die „Anforderungen von Recht und Gerechtigkeit“ soll dem Richter trotz der Existenz womöglich veralteter nationaler Rechtsnormen eine materiell gerechte Entscheidung erlauben⁶⁶³. Art. 10 ist damit eine Ausprägung des von *Leflar* geprägten Gedankens, das am besten auf den Vertrag passende Recht anzuwenden („better law approach“)⁶⁶⁴. Die Leitlinie zur Entscheidung, welches Recht den Vorzug verdient, ist in Art. 10 vorgegeben: Es ist das Recht, das den Erfordernissen von Recht und Gerechtigkeit im konkreten Fall am besten gerecht wird. Eine zugegeben schwammige Leitlinie, die viel Spielraum belässt. Jedenfalls können Parteierwartungen nicht außer Acht gelassen werden. Der Richter hat immer darauf zu achten, dass eigenartige, wenig verbreitete, anachronistische oder gar idiosynkratische nationale Normen internationalen Vertragsparteien unbekannt sein können und eine Entscheidung auf Grundlage dieser Normen von den Parteien nicht erwartet werden kann. In all den Fällen, in denen die Anwendung des nach den Artt. 7 bis 10 Konvention von Mexiko ermittelten anwendbaren Rechts materiell den im Einzelfall gebotenen Anforderungen von Recht und Gerechtigkeit widerspricht, soll dies durch Art. 10 korrigiert werden. Art. 10 schaltet die klassische „Blindheit“ von IPR-Normen durch einen Mecha-

⁶⁶⁰ *Burman*, Vand.J.Transnat'l.L. 28 (1995), 367, 381; zur positiven Wirkung solcher Regeln auf die Entwicklung des internationalen Handels vgl. *Malloy*, Fordham Int'l L. J. 19 (1995), 662, 716 f.

⁶⁶¹ *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 9; *Herbert*, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 45, 58 f. sieht dies gar als einzige Funktion von Art. 10.

⁶⁶² *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 94; *Fresnedo de Aguirre*, An.Der.Com. 7 (1996), 191, 202 sieht die Einleitung des Artikels („Además“; „In addition to“) als Hinweis darauf, dass es eher um einen Fall der Anwendung von Recht als um eine Interpretation des Vertrages gehe.

⁶⁶³ Report of the Meeting of Experts on International Contractual Arrangements, Tuscon, Arizona, November 11-14, 1992 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/14/93 S. 27 (Originaltext in spanisch): „In this connection the need to include the phrase “for the purpose of meeting the requirements” was questioned. Other experts declared themselves in favor of maintaining the phrase on grounds that it could serve to help the judge arrive at a fair result despite the existence of obsolescent legal rules that might point him in a different direction.“; ebs. *Sosa* S. 119.

⁶⁶⁴ *Leflar* legte in den Aufsätzen: *Leflar*, N.Y.U.L.Rev. 41 (1966), 367 ff.; *Leflar*, Calif.L.Rev. 54 (1966), 1584 ff. seinen Ansatz dar. Danach ist das auf einen Fall anwendbare Recht anhand von „choice-influencing considerations“ zu ermitteln. Als nicht hierarchische Liste solcher Erwägungen nennt er die Vorhersehbarkeit des Ergebnisses, die Aufrechterhaltung der internen und internationalen Ordnung, die Vereinfachung der juristischen Aufgabe, die Förderung der Staatsinteressen des Forums („governmental interests“) und die Anwendung der besseren Rechtsregel. *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 132 weist auf den Zusammenhang zum „better law approach“ hin, sieht allerdings *Cavers* als dessen Schöpfer an; kritisch zur Umgehung „anachronistischer“ Rechtsregeln mittels des „better law approach“ *Roth*, Int.Vers.V.R., S. 254 ff.

nismus aus, mit dem Eigenheiten nationaler Rechte zugunsten einer international „gerechten“ Entscheidung ausgewichen werden kann. Damit ist Art. 10 eine Weiterentwicklung ähnlicher Kriterien in anderen interamerikanischen Konvention⁶⁶⁵.

III. Weitgehende Funktionsäquivalenz mit Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR

Sowohl die Formulierung als auch die Stellung der Norm machen deutlich, dass sie weitgehend funktionsäquivalent mit Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR⁶⁶⁶ ist. Eine verwandte Norm im internen deutschen Recht ist § 346 HGB⁶⁶⁷.

Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR unterstellt die Vertragsparteien mangels einer gegenteiligen Äußerung solchen im internationalen Handel üblichen Bräuchen, die sie kannten oder kennen mussten, womit auch ein Vorrang der Bräuche vor den Regelungen des UN-KaufR begründet wird⁶⁶⁸. Unter Handelsbrauch wird jedes Verhalten unter Kaufleuten verstanden, das bei Geschäften der betreffenden Art soweit verbreitet und damit üblich ist, dass der andere Vertragspartner von seiner Beachtung und Anwendung auf den Vertrag ausgehen muss⁶⁶⁹. Die Bedeutung von Handelsbräuchen liegt in der Auslegung von Willenserklärungen, der Deutung sonstiger Handlungen und Unterlassungen (Auslegungsfunktion), der Schließung von Vertragslücken und der Ergänzung bestehender Verpflichtungen (normative Funktion)⁶⁷⁰. Dabei werden sie gegenüber dispositivem nationalen Recht als vorrangig angesehen⁶⁷¹. Abzugrenzen sind Handelsbräuche von Handelsgewohnheitsrecht (das unmittelbare Rechtsnormqualität hat) und von den Rechtsgrundsätzen des internationalen Handelsverkehrs (der *lex mercatoria*) die in der Schnittstelle zwischen diesen liegen⁶⁷².

Der Vorrang dieser Handelsbräuche wird im UN-KaufR durch die Fiktion der Parteivereinbarung der Bräuche erreicht, sofern die Parteien nichts gegenteiliges bekunden⁶⁷³. Diese Lösung in Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR entstand als Kompromiss zwischen der Auffassung, dass Handelsbräuche unabhängig vom Parteiwillen zu gelten haben (objektive Theorie) oder

⁶⁶⁵ Vgl. etwa Art. 9 S. 2 der Inter-American Convention on General Rules of Private International Law vom 8. 5. 1979: „Any difficulties that may be caused . . . shall be resolved in the light of the requirements of justice and equity in each specific case.“

⁶⁶⁶ Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR: „Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so wird angenommen, dass sie sich in ihrem Vertrag oder bei seinem Abschluss stillschweigend auf Gebräuche bezogen haben, die sie kannten oder kennen mussten und die im internationalen Handel den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig weithin bekannt sind und von ihnen regelmäßig beachtet werden.“

⁶⁶⁷ § 346 HGB: „Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.“

⁶⁶⁸ Staudinger-Magnus Art. 9 CISG Rn. 1 f.

⁶⁶⁹ Schlechtriem-Junge Art. 9 CISG Rn. 2; vgl. auch EuGH, WM 1999, 1187, 1191 (zu Art. 17 EuGVÜ); „Das Bestehen eines Handelsbrauchs, das für den Geschäftszweig festzustellen ist, in dem die Vertragsparteien tätig sind, ist nachgewiesen, wenn die dort tätigen Kaufleute bei Abschluss einer bestimmten Art von Verträgen allgemein und regelmäßig ein bestimmtes Verhalten befolgen.“

⁶⁷⁰ Ensthaler-Achilles/Schmidt, GK-HGB, § 346 Rn. 1. Koller/Roth/Morck-Roth § 346 Rn. 1 stellt klar, dass Handelsbräuche zwar nicht normative Rechtsquelle sind, aber normativierend für Verhaltenserwartungen wirken.

⁶⁷¹ Koller/Roth/Morck-Roth § 346 Rn. 12; Ensthaler-Achilles/Schmidt, GK-HGB, § 346 Rn. 15.

⁶⁷² Ensthaler-Achilles/Schmidt, GK-HGB, § 346 Rn. 5.

⁶⁷³ Staudinger-Magnus Art. 9 CISG Rn. 16 f.; Achilles Art. 9 CISG Rn. 5.

nur aufgrund einer Parteivereinbarung (subjektive Theorie)⁶⁷⁴. Voraussetzung für die Geltung der Handelsbräuche ist neben der objektiven Voraussetzung der Verbreitung und Beachtung der Bräuche im internationalen Handel⁶⁷⁵ die subjektive Voraussetzung der Bekanntheit oder des „Kennenmüssens“ durch die Parteien.

Gegenüber der Regelung des Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR weist § 346 HGB einige Besonderheiten auf. Zum einen erkennt er die objektive Theorie an, Handelsbräuche sind *ex lege* verbindlich⁶⁷⁶. Zum anderen bezieht er sich nicht nur auf internationale Bräuche sondern auch auf rein nationale⁶⁷⁷.

Wenn von einer weitgehenden Funktionsäquivalenz des Art. 10 Konvention von Mexiko mit Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR bzw. § 346 HGB gesprochen wird, so bedeutet dies, dass Art. 10 gemäß seiner *ratio legis* wie die genannten Normen der Interpretation, Lückenfüllung, etc. dient. Dennoch ist sein Anwendungsbereich deutlich weiter gesteckt: So behandelt Art. 10 nicht nur Handelsbräuche, sondern umfasst durch seine weitergehende Formulierung („the guidelines, customs, and principles of international commercial law“) die gesamte *lex mercatoria*. Aber auch im Bereich der Handelsbräuche ist Art. 10 weiter als Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR: Es kommt wie bei § 346 HGB nur auf das (objektive) Bestehen eines Handelsbrauchs an, ein subjektives Element des Kennens oder Kennenmüssens ist darüber hinaus nicht erforderlich. Ferner spricht die Norm nur von „commercial usage and practices generally accepted“, enthält also nicht das Erfordernis eines internationalen Handelsbrauchs. Es sind somit alle in den jeweiligen Handelsbranchen beachteten Regeln, Formulare und Gebräuche von Art. 10 umfasst⁶⁷⁸. Im Gegensatz zu bloßen rechtstechnischen Regelungen legt die Konvention von Mexiko damit Wert auf allgemein anerkannte Handelsbräuche, die sogar dann die Parteien binden, wenn diese sich der Bräuche nicht bewusst waren, wenn die Handelsbräuche hinreichend bekannt sind und bei Verträgen des gleichen Typs regelmäßig beachtet werden⁶⁷⁹.

Anders als Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR oder § 346 HGB enthält Art. 10 Konvention von Mexiko aber das Finalitätserfordernis, das den beiden verwandten Normen fehlt: Die Bräuche und internationalen Handelsrechtsgrundsätze, -gewohnheiten und -richtlinien werden nur dann angewendet, wenn dies den Erfordernissen von Recht und Gerechtigkeit entspricht.

IV. Die Funktion des Art. 10 im Verhältnis zu Art. 9 Abs. 2 S. 2

Das Verhältnis von Art. 10 zu Art. 9 Abs. 2 S. 2 Konvention von Mexiko ergibt sich aus den unterschiedlichen Funktionen: Bei Art. 9 Abs. 2 S. 2 handelt es sich um eine Hilfe zur Ermitt-

⁶⁷⁴ Holl/Keßler, RIW 1995, 457, 459; Staudinger-Magnus Art. 9 CISG Rn. 16; Schlechtriem-Junge Art. 9 CISG Rn. 3.

⁶⁷⁵ Sie müssen den an gleichartigen Verträgen im internationalen Handelsverkehr beteiligten Parteien weithin bekannt und von ihnen in der Regel beachtet werden; Staudinger-Magnus Art. 9 CISG Rn. 21 f.

⁶⁷⁶ Achilles Art. 9 CISG Rn. 4.

⁶⁷⁷ Vgl. Holl/Keßler, RIW 1995, 457, 459.

⁶⁷⁸ Samtleben, IPRax 1998, 385, 390.

⁶⁷⁹ Veytia, Tul.L.Rev. 69 (1995), 1191, 1198.

lung des Staates, mit dem die engsten Verbindungen bestehen, während es sich bei Art. 10 um eine Korrektornorm⁶⁸⁰ handelt, nach der von dem sonst geltenden Recht abgewichen werden kann. Leitlinie der Entscheidung, ob die in Art. 10 genannten Normen Anwendung finden, ist dabei allein die materielle internationale Entscheidungsgerechtigkeit.

Hingegen liefe Art. 10 bei der objektiven Anknüpfung weitgehend leer, würde der Ansicht gefolgt, die Art. 9 Abs. 2 S. 2 als eigenständige Verweisungsnorm betrachtet. Dies gilt insbesondere, da neugeschaffene Regelwerke internationaler Organisationen gewöhnlich gerade auf die Bedürfnisse des internationalen Handels zugeschnitten sind und daher die von Art. 10 geforderte Ergebnisgerechtigkeit selbst zum Ziel haben. Unabhängig davon spielt die *lex mercatoria* über Art. 10 immer eine Rolle bei der Entscheidungsfindung.

V. *Unterschiede im von Art. 10 sowie Art. 9 Abs. 2 S. 2 berufenen Normkreis*

Vom berufenen Normkreis her unterscheiden sich Art. 9 Abs. 2 S. 2 und Art. 10 in zweierlei Hinsicht: Zum einen beruft Art. 10 anders als Art. 9 Abs. 2 S. 2 explizit Handelsbräuche. Art. 9 Abs. 2 S. 2 beruft diese nur insoweit sie Strukturelemente der *lex mercatoria* sind. Zum anderen beruft er aber mit den „Richtlinien, Gewohnheiten und Grundsätzen des internationalen Handelsrechts“ ebenso wie Art. 9 Abs. 2 S. 2 die *lex mercatoria*. Der Unterschied besteht darin, dass Art. 10 sich auf die *lex mercatoria* beschränkt, während Art. 9 Abs. 2 S. 2 darüber hinausgeht und auch solche von internationalen Organisationen anerkannte allgemeine Prinzipien des internationalen Handelsrechts beruft, die (noch) nicht zur *lex mercatoria* gehören. Damit liegt Art. 9 Abs. 2 S. 2 zeitlich potenziell früher als Art. 10: Es kann solche allgemeinen Prinzipien internationaler Organisationen geben, die noch nicht den von Art. 10 geforderten Rang einer Richtlinie, Gewohnheit oder eines Grundsatzes des internationalen Handelsrechts haben oder diesen je erlangen werden. Diese höheren Anforderungen in Art. 10 sind gerechtfertigt, denn Art. 9 Abs. 2 greift nur in dem Fall ein, in dem keine Rechtswahl vorliegt. Es soll also erst ein Recht zur Lösung des konkreten Falles gefunden werden, ohne dass auf eine Rechtswahl als Ausdruck des Parteiwillens Rücksicht zu nehmen wäre. Demgegenüber ist Art. 10 von höherer Eingriffsintensität, da er das anwendbare Recht sogar bei einer Rechtswahl der Parteien beeinflussen kann. Dennoch wird es sich in beiden Normen oft um den gleichen Normenkomplex handeln. Zum einen ist der Weg von Recht, das von internationalen Organisationen geschaffen wurde, zum allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz oft nicht weit, wie das Beispiel der UNIDROIT-Prinzipien beweist, wo der Weg jedenfalls beschriftet wurde⁶⁸¹. Zum anderen ist mit dem Hinweis im Bericht, dass Art. 9 Abs. 2 S. 2 die Gesamtheit der *lex mercatoria* umfasse⁶⁸², eine über dessen Wortlaut hi-

⁶⁸⁰ *Boele-Woelki*, IPRax 1997, 161, 170 spricht von einer „Ausweichklausel“.

⁶⁸¹ Vgl. oben S. 79 ff.

⁶⁸² Report of the Rapporteur of Committee I Regarding the Law Applicable to International Contracts, OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1 S. 3.

nausgehende Erweiterung legislatorischer Wille⁶⁸³. Die Normen haben demnach eine Schnittmenge, ohne aber völlig deckungsgleich zu sein.

VI. *Verhältnis zum sonst anwendbaren Recht*

Das Verhältnis der Normen, Gewohnheiten und Grundsätze des internationalen Handelsrechts sowie der allgemein anerkannten Handelsbräuche und -praktiken zu dem Recht, das nach Art. 7 (Parteiautonomie) oder Art. 9 (objektive Anknüpfung) ermittelt wurde, wird in der spanischen Fassung der Konvention deutlicher als in der englischen. Zunächst stellen beide Fassungen klar, dass der in Art. 10 genannte Normenkomplex nur zusätzlich („in addition to“ / „además de“) zum sonst geltenden Recht zur Anwendung kommt. Der in der spanischen Fassung⁶⁸⁴ gemachte Einschub „cuando corresponda“ verdeutlicht besser, dass ein Vorrang des nach den „vorhergehenden Vorschriften“ ermittelten Rechts besteht⁶⁸⁵. Die im internationalen Handelsverkehr üblichen Standards sollen aber mit dem Ziel berücksichtigt werden, im Einzelfall dort eine zutreffende und angemessene Lösung zu finden, wo es nach den Umständen geboten scheint. Die Schärfe der Formulierung („in order to discharge“) lässt aber nicht die Annahme zu, dass es sich nur um eine materiellrechtliche Verweisung handelt⁶⁸⁶. Vielmehr kann die Norm auch zwingende Bestimmungen des Vertragsstatuts im gewünschten Sinn korrigieren⁶⁸⁷. Die Norm verhindert demnach die ausschließliche Anwendung von häufig an internationale private Beziehungen unangepasstem staatlichen Recht⁶⁸⁸.

VII. *Art. 10 nur bei internationalen Handelsverträgen*

Im Rahmen des Art. 10 ist wie bei Art. 9 Abs. 2 S. 2 darauf hinzuweisen, dass das berufene Recht des internationalen Handels nur dann angewendet werden kann, wenn überhaupt ein Handelsvertrag vorliegt⁶⁸⁹. Da die Konvention nicht nur Handelsverträge umfasst, ist Art. 10 nicht auf jeden Vertrag anwendbar, der von der Konvention erfasst ist. Gegen eine Übertragung des allgemeinen Rechtsgedankens von Art. 10, dass die Entscheidung des konkreten Falls sich an den Anforderungen von Recht und Gerechtigkeit zu orientieren hat, spricht freilich nichts. Vielmehr führt auch bei anderen als Handelsverträgen ein starres Festhalten am Grundsatz *pacta sunt servanda* und eine alleinige grammatische Auslegung zur gleichen Problematik potenziell ungerechter Entscheidungen wie bei Handelsverträgen. Nach seinem Sinn und Zweck müsste der Grundgedanke des Art. 10 daher auch auf solche Verträge angewendet werden. Ohne einen die Formel von „Recht und Gerechtigkeit im konkreten Fall“

⁶⁸³ Vgl. oben S. 76 ff.

⁶⁸⁴ Zum Authentizitätsvorsprung der spanischen Fassung vgl. oben S. 48 ff.

⁶⁸⁵ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 390.

⁶⁸⁶ So aber offenbar *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 390.

⁶⁸⁷ Genauer vgl. unten S. 165 ff.

⁶⁸⁸ Vgl. *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 92 f., allerdings bezogen auf Art. 9 Abs. 2 S. 2.

⁶⁸⁹ Vgl. dazu S. 88 ff.

konkretisierenden Verweis auf gewisse Normen, Gewohnheiten und Grundsätze handelt es sich im Fall des Nichthandelsvertrags aber um nicht mehr als eine schöne Leerformel, die der Konkretisierung harrt. Die in die Zukunft weisende Interpretationsrichtlinie des Art. 3 würde aber eine solche Erstreckung durchaus gestatten, da dieser eine Aufweichung der üblicherweise engen Grenzen, welche Analogien bei völkerrechtlichen Verträgen gezogen sind, gestattet⁶⁹⁰.

VIII. *Bedeutung des Art. 10*

Die Referenz an die *lex mercatoria* in Art. 10 (wie auch in Art. 9) Konvention von Mexiko erfolgte in bewusster Opposition zum EVÜ, dessen Geringbewertung der *lex mercatoria* sowie dessen mechanische Lokalisierungsmethoden bei den Beratungen als den Anforderungen der internationalen Wirtschaft nicht angemessen beschrieben wurden⁶⁹¹. Ziel der Beratungen zur Konvention war es demgegenüber, Normen zu schaffen, die den internationalen Handel fördern und vereinfachen, indem auf die Gewohnheiten des internationalen Handels zurückgegriffen werden kann⁶⁹².

Aus dem Inhalt des Art. 10 ergibt sich, dass er das Herzstück der Konvention von Mexiko bildet. Er erlaubt es, um der Ergebnisgerechtigkeit willen, von dem sonst anwendbaren Recht abzuweichen. Damit wird der klassischen „Blindheit“ von IPR-Normen ein normatives Korrektiv entgegengestellt, das materiell die Funktion hat, gemeinsamen Parteierwartungen gerecht zu werden und dadurch internationale Handelstransaktionen erleichtert. Damit liegt die Konvention von Mexiko in dem internationalen Trend, die Gewichtung von der Rechtssicherheit ein wenig in Richtung Flexibilität zu verschieben⁶⁹³. Der gegenüber Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR weitere Bereich der von Art. 10 Konvention von Mexiko berufenen Normen (nicht nur Handelsbräuche, sondern darüber hinaus allgemein die *lex mercatoria*), der Verzicht auf subjektive Eingriffsmerkmale und das Finalitätserfordernis unterstreichen diese Bedeutung, noch mehr als Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR für materielle Ergebnisgerechtigkeit sorgen zu können.

§ 3 *Dépeçage*

Beide Übereinkommen bieten bei der objektiven Anknüpfung in einem engen Rahmen die Möglichkeit der Vertragsspaltung. Das EVÜ offeriert diese in Art. 4 Abs. 1 S. 2. Danach ist eine richterliche Vertragsspaltung zulässig, wenn ein Teil des Vertrages abtrennbar ist und eine engere Verbindung mit einem anderen Staat aufweist als der Rest des Vertrages. Dann

⁶⁹⁰ Zu Art. 3 vgl. oben S. 50 ff.

⁶⁹¹ Juenger, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 389 ff.; Parra-Aranguren in E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz, S. 299, 309.

⁶⁹² Burman, Vand.J.Trandnat'l L. 28 (1995), 367, 381.

⁶⁹³ Vgl. Symeonides, Willamette L.Rev. 37 (2001), 1, 69.

ist jeder abgespaltene Vertragsteil wie ein eigenständiger Vertrag anzuknüpfen. Während der Beratungen zum Übereinkommen wurde deutlich, dass die Vertragsspaltung zwar nicht gefördert, ausnahmsweise (also so selten wie möglich, um das Prinzip der Einheit des Vertrages nicht zu konterkarieren⁶⁹⁴) aber – etwa bei sehr komplexen Verträgen – möglich sein sollte⁶⁹⁵. Abtrennbarkeit liegt vor, wenn verschiedene Teile eines Vertrages zueinander in einem nur wirtschaftlichen, nicht aber auch rechtlichen Verhältnis stehen⁶⁹⁶. Weil die Vertragsspaltung im Rahmen der objektiven Anknüpfung nicht zur Verwirklichung der Parteiautonomie beiträgt, sind an ihre Zulässigkeit hier höhere Anforderungen zu stellen⁶⁹⁷.

Ebenso sieht Art. 9 Abs. 3 Konvention von Mexiko die Möglichkeit vor, auf verschiedene Vertragsteile verschiedene Rechte anzuwenden⁶⁹⁸. Wie schon der Wortlaut erkennen lässt⁶⁹⁹, ist dies auch hier nur in engen Ausnahmefällen möglich. Zum einen muss ein Vertragsteil vom Rest des Vertrages trennbar sein, also eine eigene logische Einheit bilden. Dieser Vertragsteil muss dann mit einem anderen Staat enger verbunden sein, als der Rest des Vertrages⁷⁰⁰. In diesem Fall kann ausnahmsweise die Rechtsordnung des Staates zur Anwendung kommen, mit dem der abgespaltene Vertragsteil die engste Verbindung aufweist. Diese Voraussetzungen führen dazu, dass auch hier die richterliche Vertragsspaltung größeren Hindernissen unterworfen ist als die Vertragsspaltung durch Parteivereinbarung⁷⁰¹. Die unterschiedliche Behandlung vertraglicher und richterlicher Dépeçage wurde für wünschenswert gehalten, um eine möglichst einheitliche Behandlung des Gesamtvertrags wenigstens im Fall der objektiven Anknüpfung zu erreichen⁷⁰². Nach dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 kann auf den abgespaltenen Vertragsteil immer nur das Recht eines Staates zur Anwendung kommen⁷⁰³.

⁶⁹⁴ Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 307.

⁶⁹⁵ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 55.

⁶⁹⁶ Czernich/Heiss-Czernich Art. 4 Rn. 37. Als Beispiele für Verträge, bei denen es zu einer Vertragsspaltung kommen kann, werden joint-venture Vereinbarungen, Vertriebsvereinbarungen, Verträge zum Bau von Industrieanlagen und Kooperationsverträge genannt. Regelmäßig handelt es sich also um sehr komplexe Verträge; Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 307 sieht sachlich identisch solche Vertragsteile als abtrennbar an, die unabhängig von der gemeinsamen Parteientscheidung bezüglich der anderen Vertragsteile bestehen können.

⁶⁹⁷ Von Hoffmann §10 Rn. 65.

⁶⁹⁸ Hernández-Bretón, IPRax 1998, 378, 383 weist darauf hin, daß der Gebrauch von „la ley“ (Gesetz) in der spanischen Fassung der Konvention nur als *lapsus linguae* angesehen werden kann und eigentlich der weitere Begriff „derecho“ (Recht) gemeint ist. Dies entspricht auch der englischen Fassung, die „law“ beinhaltet. Eine Beschränkung auf die Gesetze eines anderen Staates würde den Sinnzusammenhang einer nationalen Rechtsordnung künstlich sprengen.

⁶⁹⁹ Auch aus den Materialien lässt sich entnehmen, dass eine Dépeçage nur sehr begrenzt möglich sein sollte, vgl. Report of the Meeting of Experts on International Contractual Arrangements, Tuscon, Arizona, November 11-14, 1992 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/14/93 S. 26 f. (Originaltext in spanisch).

⁷⁰⁰ Herbert, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 45, 61 verlangt gar – allerdings ohne sich auf den Wortlaut stützen zu können und ohne Argument – eine „conexión *inequívocamente* [Hervorhebung d. Verf.] más estrecha“.

⁷⁰¹ Dazu unten S. 122 ff.

⁷⁰² Report of the Meeting of Experts on International Contractual Arrangements, Tuscon, Arizona, November 11-14, 1992 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/14/93 S. 14 (Originaltext in spanisch): “. . . *there was no doubt that the parties should be permitted to establish [Dépeçage], as is done by Article [7], but that in the context of Article[9] it was considered that care should be taken not to invite the judge to divide the applicable law in the various obligational aspects of the contract.*”

⁷⁰³ Dies könnte nach den Ansichten, nach denen Art. 9 Abs. 2 S. 2 Konvention von Mexiko die Möglichkeit einräumt, nationales Recht als Vertragsstatut zu bestimmen (vgl. oben S. 83 ff.), widersprüchlich sein. Ein solcher Wider-

Wenn in dieser Weise verschiedene staatliche Rechte auf denselben Vertrag Anwendung finden, müssen diese Rechtsordnungen einander angeglichen angewendet werden, um zu versuchen, die von jeder Rechtsordnung verfolgten Ziele zu erreichen (Anpassung)⁷⁰⁴. Entstehende Schwierigkeiten müssen unter Würdigung der von der Gerechtigkeit im konkreten Fall gestellten Anforderungen gelöst werden⁷⁰⁵.

§ 4 **Sonderregelungen für Verbraucher- und Arbeitsverträge im EVÜ**

Artt. 5 und 6 EVÜ enthalten Sonderregelungen für Verbraucher- und Arbeitsverträge, die sowohl die objektive Anknüpfung als auch die Möglichkeit der Rechtswahl⁷⁰⁶ betreffen und eine besondere Systematik der zwingenden Bestimmungen vorsehen⁷⁰⁷. Durch diese Normen werden zwei Arten von Vertragsparteien kollisionsrechtlich geschützt, die gemeinhin für „schwächer“ als ihr rollentypischer Vertragspartner gehalten werden⁷⁰⁸. Für alle anderen Arten von Verträgen, die in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen, bleibt es bei der allgemeinen Regelung des Art. 4.

I. *Verbraucherverträge, Art. 5 EVÜ*

Art. 5 EVÜ enthält die Sonderregelung für bestimmte von Verbrauchern abgeschlossene Verträge. Sie wird mit dem Bedürfnis eines kollisionsrechtlichen Schutzes dieser Personengruppe begründet⁷⁰⁹. Auch außerhalb des EVÜ gehört der Verbraucherschutz zu den im europäischen Rahmen am stärksten geregelten Rechtsgebieten⁷¹⁰.

Art. 5 verfolgt einen defensiven Schutzansatz: Geschützt wird nur der Verbraucher, der nicht aktiv grenzüberschreitend tätig wird⁷¹¹. Der Schutzbereich des Art. 5 ist auf dreifache Weise beschränkt: Es muss der Vertragsschluss eines Verbrauchers vorliegen, es muss sich um einen bestimmten Kreis von Geschäften handeln und der Vertrag muss unter bestimmten Umständen zustande gekommen sein⁷¹². Die technische Neuerung und rasante

spruch läge indes nicht vor, denn die Möglichkeit, die *lex mercatoria* nur auf einen Teil des Vertrages anzuwenden ergibt sich nach diesen Ansichten schon aus Art. 9 Abs. 2 selbst: Wenn der Richter die Freiheit hat, anationales Recht auf den Vertrag anzuwenden oder nicht, dann kann es sich nicht um eine alles-oder-nichts Lösung handeln, sondern er muss frei sein, sie nur auf einen Teil des Vertrages anzuwenden, und einen anderen Teil dem Recht des Staates zu unterstellen, mit dem die engste Verbindung besteht.

⁷⁰⁴ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 383 f.

⁷⁰⁵ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 383 f; vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 9 der Inter-American Convention on General Rules of Private International Law vom 8. 5. 1979: „*The different laws that may be applicable to various aspects of one and the same judicial relationship shall be applied harmoniously in order to attain the purposes pursued by each of such laws. Any difficulties that may be caused by their simultaneous application shall be resolved in the lights of the requirements of justice in each specific case.*“

⁷⁰⁶ Dazu unten S. 145 ff.

⁷⁰⁷ Dazu unten S. 148 ff.

⁷⁰⁸ *Kropholler*, IPR, §52 V.

⁷⁰⁹ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 55.

⁷¹⁰ *Czernich/Heiss-Heiss* Art. 5 Rn. 2; vgl. auch *Roth*, IPRax 1994, 165, 168 ff.

⁷¹¹ *Czernich/Heiss-Heiss* Art. 5 Rn. 3; *Martiny*, ZEuP 3 (1995), 67, 79 stellt dem geschützten „statischen“ Verbraucher den nicht schutzbedürftigen „dynamischen“ Verbraucher gegenüber.

⁷¹² *Kropholler*, IPR, §52 V 1.

Entwicklung des Internet hat dem internationalen Verbrauchervertragsrecht zu noch gesteigerter Prominenz verholfen, da es internationale Vertragsabschlüsse erheblich vereinfacht. Wenn die Tatbestandsseite von Art. 5 erfüllt ist, findet die vorgeschriebene Rechtsfolge ohne weiteres Anwendung, anders als in Art. 6 ist keine Ausweichklausel vorgesehen.

1. *Persönlicher Anwendungsbereich: Der Verbraucher und sein Gegenüber*

Der persönliche Anwendungsbereich ist in Art. 5 Abs. 1 geregelt. Danach gilt Art. 5 nur für Verträge, die von einer Person (dem Verbraucher) zu einem Zweck abgeschlossen werden, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Auch Geschäfte, die der Vorbereitung einer erst aufzunehmenden beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dienen, fallen unter die Vorschrift⁷¹³. Es handelt sich somit um eine Negativabgrenzung, nicht um eine positive Definition des Verbrauchervertrages⁷¹⁴. Der Verbraucher ist rollenspezifisch – als Gegenüber des Unternehmers – typisiert⁷¹⁵. Diese Bestimmung der umfassten Personengruppe nach der Privat- oder Geschäftsnützigkeit des abgeschlossenen Geschäfts entspricht Art. 13 Abs. 1 EuGVÜ. Nach dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 kommt es allein auf die Person des Leistungsempfängers an. Danach sind Verträge zwischen zwei Verbrauchern vom Wortlaut der Vorschrift umfasst⁷¹⁶.

Zum Schutz der Vertragspartei des Verbrauchers soll die Vorschrift nur dann Anwendung finden, wenn diese von der Privatnützigkeit des Geschäfts wusste oder unter Berücksichtigung aller Umstände davon Kenntnis haben konnte⁷¹⁷. Maßgeblich ist folglich der Empfängerhorizont des Vertragspartners des Verbrauchers⁷¹⁸, was der Wertung von Art. 2 lit. a) UN-KaufR entspricht⁷¹⁹. So wird das teleologische Element des Gutgläubensschutzes in Art. 5 hineininterpretiert. Art. 5 greift somit nur dann ein, wenn es sich zum einen tatsächlich um ein Verbrauchergeschäft handelt und zum anderen der Vertragspartner des Verbrauchers dies wusste oder wissen konnte. Besondere Probleme ergeben sich bei Vertragsabschlüssen über das Internet, da oft keine Erkennbarkeit gegeben ist, insbesondere wenn nur

⁷¹³ Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 10.

⁷¹⁴ Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 6.

⁷¹⁵ Rudisch, RabelsZ 63 (1999) 70, 95.

⁷¹⁶ Für die Einbeziehung solcher Verträge in den Anwendungsbereich des Art. 5 daher auch Palandt-Heldrich Art. 29 EGBGB Rn. 3, MünchKomm-Martiny Art. 29 EGBGB Rn. 7; Erman-Hohloch Art. 29 Rn. 22, Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991) 287, 315. Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 55 äußern sich nicht konkret zu dieser Frage und konstatieren nur, dass Art. 5 „in der Regel nur zur Anwendung gelangen wird, wenn eine Person, die bewegliche Sachen liefert oder Dienstleistungen erbringt oder einen Kredit gewährt, im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.“ Für die Auslegung des Übereinkommens wird aber daraus, dass Art. 5 für Unterlegenheitssituationen geschaffen wurde (wie die im Bericht genannten) und aus rechtssystematischen Erwägungen (insbesondere Vergleichen mit jüngeren EG-Richtlinien zum Verbrauchervertragsrecht) häufig geschlossen, dass Geschäfte unter Privaten vom Anwendungsbereich des Art. 5 ausgeschlossen seien; so: E. Lorenz, RIW 1987, 569, 576; W. Lorenz, IPRax 1994, 429, 429; Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 11; Staudinger-Reinhardt Art. 29 EGBGB Rn. 28; Soergel-von Hoffmann Art. 29 EGBGB Rn. 13; Rudisch, RabelsZ 63 (1999) 70, 96; Thorn, IPRax 1999, 1, 4; Rudisch in Schnyder/Heiss/Rudisch, 191, 226 f.; Smith S. 361; Foyer, J.Dr.Int'l 118 (1991) 601, 611.

⁷¹⁷ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 55.

⁷¹⁸ Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 8.

⁷¹⁹ Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 231.

über E-Mail kommuniziert wird⁷²⁰. Teilweise wird vertreten, dass den Vertragspartner des möglichen Verbrauchers bei Zweifeln eine Erkundigungsobliegenheit hinsichtlich des Vertragszwecks treffe⁷²¹.

Handelt es sich um ein Geschäft mit doppelter Zweckrichtung, ist Art. 5 nur dann anwendbar, wenn die Person im wesentlichen außerhalb des Rahmens der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt⁷²². Es ist also eine Schwerpunktbetrachtung vorzunehmen. Bei abtrennbaren Vertragsteilen fallen nur diejenigen unter Art. 5, die dessen Voraussetzungen erfüllen⁷²³.

Zwar ist im generellen Rechtssinne unter „Person“ sowohl eine natürliche, als auch eine juristische Person zu verstehen, dies gilt im Rahmen des Art. 5 hingegen nicht, was sich sowohl aus dem Sinn der Vorschrift als auch aus der Judikatur des EuGH zur Parallelnorm Art. 13 EuGVÜ ergibt⁷²⁴.

2. Sachlicher Anwendungsbereich: Erfasste Vertragstypen

Sachlich sind zunächst Verträge über die Lieferung beweglicher Sachen von Art. 5 EVÜ umfasst (insbesondere der Warenkauf). Dies schließt neben Kauf und Tausch auch das (Finanzierungs-)Leasing und in Anlehnung an Art. 3 Abs. 1 UN-KaufR den Werklieferungsvertrag, nicht dagegen die reine Miete ein⁷²⁵. Der Begriff der „beweglichen Sache“ ist unter Rückgriff auf die französische Fassung („objets mobiliers corporels“) auf körperliche bewegliche Sachen zu begrenzen⁷²⁶. Dennoch sollen Wertpapiere vom Anwendungsbereich ausgenommen sein⁷²⁷, nicht dagegen elektrische Energie und mit festen Datenträgern verbundene Software⁷²⁸. Des weiteren fällt die Erbringung von Dienstleistungen (also tätigkeitsbezogenen Leistungen⁷²⁹) unter Art. 5. Hierunter fallen auch die Internet-Access Verträge⁷³⁰.

⁷²⁰ Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 231 f. spricht daher von einer tatsächlichen Vermutung gegen die Annahme eines Verbrauchergeschäfts.

⁷²¹ Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 8; Soergel-von Hoffmann Art. 29 EGBGB Rn. 14; nach a.A. liegt im Zweifel ein Verbrauchergeschäft vor, so: Reithmann/Martiny-Martiny Rn. 717; Staudinger-Reinhart Art. 29 EGBGB Rn. 29.

⁷²² Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 55; Staudinger-Reinhart Art. 29 EGBGB Rn. 16 m.w.N.; noch weiter Lüderitz, FS Riesenfeld, 147, 156, nach dem jedes Geschäfts als Verbrauchergeschäft gilt, das, selbst wenn nur minimal, privaten Zwecken dient; kritisch auch E. Lorenz, RIW 1987, 569, 576.

⁷²³ Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 9.

⁷²⁴ Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 7 unter Bezugnahme auf ein *obiter* des EuGH in EuGH 3.7.1997, Slg. 1997 I 3767, 3795 Rz. 17; Staudinger-Reinhart Art. 29 EGBGB Rn. 22; i.E. auch Geimer/Schütze Art. 13 Rn. 14; Kropholler, EuZPR, Art. 13 EuGVÜ Rn. 7.

⁷²⁵ Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 15; Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991) 287, 314.

⁷²⁶ Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 16. Daher gehören neben Grundstücken etwa auch Gesellschaftsanteile, etc. nicht zu „Sachen“ in diesem Sinne; vgl. auch oben S. 45 ff.

⁷²⁷ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 55. Ob diese Einschränkung gerade in einer Zeit, in der Private in immer größerem Ausmaß Wertpapiertransaktionen tätigen, noch sinnvoll ist, soll in diesem Rahmen dahinstehen.

⁷²⁸ Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 16. Auch letztere Ansicht ist kaum überzeugend, da immer größere Mengen an Software über des Internet gegen Entgelt zum „download“ bereitgehalten werden. An der Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers ändert sich in solchen Fällen nichts gegenüber einem Kauf bei einem klassischen Softwarehändler; ebs. Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 232 f. der auf die herrschende Auslegung zum UN-KaufR zurückgreift.

⁷²⁹ Palandt-Heldrich Art. 29 EGBGB Rn. 2; BGH, NJW 1997, 1697, 1698; BGHZ 123, 380, 385. Unter den Begriff der Dienstleistung fallen nach der Auflistung von Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 18 f. etwa: Dienstverträge, Werk- und Werklieferungsverträge (es sei denn, diese sind Sachlieferungsverträge), Anwaltsverträge, Notarverträge,

Bei Art. 5 ist die Systematik der Abs. 4 und 5 von Ausnahmen und Gegenausnahmen zu beachten⁷³¹: So sind zwar Beförderungsverträge vom Anwendungsbereich des Art. 5 ausgenommen, nicht jedoch Pauschalreisen (die Unterbringung mit der Beförderung kombinieren⁷³²). Die Regelung für Pauschalreisen in Abs. 5 bewirkt, dass Art. 5 anzuwenden ist, wenn die sonstigen Anwendungsvoraussetzungen des Abs. 2 erfüllt sind. Des Weiteren sind Dienstleistungen, die ausschließlich außerhalb des gewöhnlichen Aufenthaltsstaates des Verbrauchers erbracht werden müssen, von Art. 5 ausgenommen⁷³³.

Ferner sind die Sachlieferungen und Dienstleistungen zugehörigen Finanzierungsgeschäfte (beispielsweise der Kreditkauf⁷³⁴) von Art. 5 umfasst. Dies gilt sowohl bei der Finanzierung durch den Sachlieferer oder Dienstleistungserbringer als auch bei der Finanzierung durch Dritte zum Zweck der Finanzierung von Verbraucherverträgen im Sinne des Art. 5⁷³⁵.

3. Situative Anwendungsvoraussetzungen

Nicht jeder persönlich und sachlich in den Anwendungsbereich des Art. 5 EVÜ fallende Vertrag erfährt die dort vorgesehene Sonderbehandlung. Vielmehr ist diese Sonderbehandlung Verträgen vorbehalten, die unter Erfüllung einer der drei in Art. 5 Abs. 2 genannten situativen Anwendungsvoraussetzungen zustandegekommen sind. Dabei handelt es sich um Situationen, in denen der Verbraucher nicht erwarten kann, dass fremdes Recht zur Anwendung kommt. Die kollisionsrechtliche Sonderbehandlung greift sowohl bei der Rechtswahl, als auch – wie hier behandelt – bei der objektiven Anknüpfung (Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2) ein.

Nach Art. 5 Abs. 2, 1. Spiegelstrich, ist der Anwendungsbereich des Art. 5 eröffnet, wenn dem Vertragsschluss ein ausdrückliches Angebot⁷³⁶ oder eine Werbung⁷³⁷ im Staat

Arztverträge, Architektenverträge, Steuerberaterverträge, Unterrichtsverträge, Maklertätigkeiten, Versicherungsverträge (wenn im Anwendungsbereich des EVÜ), Bankgeschäfte (*e contrario* aber nicht der Verbraucherkredit, der nicht der Finanzierung eines Lieferungs- bzw. Dienstleistungsgeschäfts im Sinne des Art. 5 Abs. 1 dient), Vermögensverwaltungsverträge, nicht aber Mietverträge (*Roth* in Schnyder/Heiss/Rudisch, 34, 39).

⁷³⁰ *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203, 233.

⁷³¹ Vgl. die detaillierte Darstellung bei Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 21 ff.

⁷³² *Lagarde*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991) 287, 315 nennt diese „package tours“.

⁷³³ Bei Dienstleistungen, die über das Internet erbracht werden (etwa die Gewährung von Zugang zu Datenbankdiensten, die Softwareübermittlung, etc.) ergibt sich – auch wegen der Unbeachtlichkeit des Serverstandorts – ein Lokalisierungsproblem, das *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203, 254 f. aufgrund der Internationalität des Mediums Internet dahingehend lösen will, dass nahezu nie eine „ausschließliche“ Dienstleistungserbringung in einem anderen Staat als dem Verbraucherstaat vorliege.

⁷³⁴ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 55.

⁷³⁵ Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 27; Reithmann/Martiny-Martiny Rn. 724; nach Soergel-von Hoffmann Art. 29 EGBGB Rn. 11 sollen aber nur solche Finanzierungsverträge mit Dritten unter Art. 5 fallen, die durch den Sachlieferer/Dienstleistungserbringer vermittelt wurden.

⁷³⁶ Hierunter fällt nach hM sowohl das Vertragsangebot als auch die *invitatio ad offerendum*, *Mankowski*, *RIW* 1993, 453, 458; Soergel-von Hoffmann Art. 29 EGBGB Rn. 17; BGHZ 123, 380, 389, ebenso wohl *Lagarde*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991) 287, 315 der die Zusendung eines Kataloges unter diesen Punkt fasst. Nach der Gegenansicht fällt die *invitatio ad offerendum* dagegen unter den Tatbestand der „Werbung“; so Staudinger-Reinhart Art. 29 EGBGB Rn. 52 m.w.N.

⁷³⁷ Der Begriff der Werbung wird weit, als alle absatzfördernden Maßnahmen umfassend, verstanden (Reithmann/Martiny-Martiny Rn. 726), unabhängig davon, mittels welchen Mediums diese erfolgen (Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 31 zählt beispielhaft auf: Presse, Rundfunk, Fernsehen, Kino, Plakat, Prospekt,

des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers vorangegangen ist und der Verbraucher in diesem Staat die zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen⁷³⁸ vorgenommen hat. Es handelt sich um eine Situation, in der der Vertragspartner des Verbrauchers Schritte unternommen hat, um seine beweglichen Sachen oder Dienstleistungen im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers zu verkaufen⁷³⁹.

Art. 5 Abs. 2, 2. Spiegelstrich umfasst dagegen die Fälle, in denen der Vertragspartner des Verbrauchers oder sein Vertreter die Bestellung des Verbrauchers in dessen gewöhnlichen Aufenthaltsstaat entgegengenommen hat. Vertreter in diesem Sinne ist jede Person, die im Namen des anderen handelt⁷⁴⁰, wobei ein hinreichender Zurechnungsgrund (zumindest nachträgliche Genehmigung des Vertreterhandelns) erforderlich ist⁷⁴¹. „Entgegennahme“ bedeutet den faktischen Erhalt der Willenserklärung⁷⁴², wobei eine körperliche Präsenz erforderlich ist (also keine Entgegennahme über Telefon oder Internet, selbst bei Benutzung eines im Verbraucherstaat belegten Servers⁷⁴³)⁷⁴⁴. Die 2. Alternative überschneidet sich zum Teil mit der ersten, geht aber insofern weiter, als keine vorherige Werbung oder ein Angebot erforderlich ist⁷⁴⁵.

Telefon, Internet und E-Mail). Einschränkend wird allerdings verlangt, dass die Werbung auf den Verbraucherstaat abzielen muss (Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 32), wobei nach *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 56 eine auf das Verbraucherland gerichtete Sonderwerbung erforderlich ist (zweifelnd: Reichert-Facilides/Jessurun d'Oliveira-Morse, 23, 34; weiter dagegen: Lüderitz, FS Riesenfeld, 147, 158; Reithmann/Martiny-Martiny Rn. 726) Erforderlich für die Anwendung von Art. 5 ist ferner, dass die Werbung vom Leistungserbinger ausgeht, was dazu führt, dass Herstellerwerbung in der Regel unbeachtlich ist (näher dazu: Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 33 m.w.N.).

Zur Anwendbarkeit des Art. 5 bei Vertragsschlüssen über das Internet vgl. *von Hoffmann* §10 Rn. 73a, der den Einsatz eines gebietsneutralen Mediums wie des Internet der Werbung mittels Rundfunk und Fernsehen gleichsetzt; zum gleichen Ergebnis kommen *Thorn*, IPRax 1999, 1, 4 und *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203, 243 ff. insb. 239, der die Ansicht vertritt, dass „[d]as Rechtsanwendungsrisiko . . . derjenige tragen [muss], der gezielt ein inter-, ja transnationales Medium einsetzt . . . Diese Vorteile des Internets sind nicht risikolos zu haben.“ Ferner habe der Internet-Anbieter wirksame Selbstschutzmöglichkeiten, vgl. ders. S. 248 ff.; ebenso in den USA für die Annahme von „personal jurisdiction“ die Entscheidung des US District Court für den Eastern District of Missouri: *Maritz, Inc. v. Cybergold, Inc.*, 947 F.Supp. 1328. Die Gegenansicht verlangt eine Zielrichtung auf den Verbraucher/-Aufenthaltsstaat; *Borges*, ZIP 1999, 565, 570; *Gruber*, DB 1999, 1437, 1438; vgl. auch *Pfeiffer*, NJW 1999, 3674, 3685. Nach wieder a.A. soll eine Anwendung von Art. 5 wegen aktiven Eingreifens des Verbrauchers in die interaktiven Prozesse des Internet ausscheiden, so etwa: *Pichler*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1998, sub D II 2 b (2); gegen diesen Ansatz ausführlich *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203, 240 ff.

⁷³⁸ Dies umfasst sowohl Angebot als auch Annahme, unabhängig davon, ob der Vertrag letztendlich zustandekommt. Die fragliche Willenserklärung muss räumlich im gewöhnlichen Aufenthaltsstaat des Verbrauchers abgegeben werden; so etwa bei der Übergabe an einen ins Ausland reisenden Boten; anders wieder bei einem ins Ausland reisenden Vertreter; vgl. Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 34 m.w.N. Bei Vertragsabschlüssen im Internet ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn die Eingabe über einem im Verbraucherstaat aufgestellten Computer erfolgt, *Gruber*, DB 1999, 1437, 1438. Zur Problematik der Lokalisierung von Verbrauchern bei Vertragsschlüssen via Internet *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203, 250 ff.

⁷³⁹ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 56.

⁷⁴⁰ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 56.

⁷⁴¹ Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 36.

⁷⁴² Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 35 f. nennt als Beispiele die Entgegennahme einer Erklärung auf einer Messe oder die Unterhaltung eines „Briefkastens“ im Verbraucherstaat. Zur Entgegennahme von Erklärungen, die durch E-Mail oder anders durch das Internet vermittelt werden vgl. *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203, 252 ff.

⁷⁴³ Zur Unbeachtlichkeit des Serverstandorts s.o. S. 50 ff.

⁷⁴⁴ *Borges*, ZIP 1999, 565, 567; nach a.A. ist darauf abzustellen, ob der Verbraucher aufgrund der konkreten Vertragsanbahnung seines Geschäftspartners darauf vertrauen durfte oder nicht, durch sein Heimatrecht in gleicher Weise geschützt zu werden wie bei einem reinen Inlandsvertrag, *Mehrings*, CR 1998, 613, 620.

⁷⁴⁵ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 56.

Der 3. Spiegelstrich des Abs. 2 umfasst den Fall, dass der Vertrag einen Warenkauf⁷⁴⁶ betrifft (insofern also enger als die beiden ersten Alternativen), der Verbraucher von seinem gewöhnlichen Aufenthaltsstaat ins Ausland gereist ist⁷⁴⁷ und dort seine Bestellung aufgegeben hat, sofern diese Reise vom Verkäufer mit dem Ziel herbeigeführt worden ist, den Verbraucher zum Vertragsschluss zu veranlassen. Von dieser Fallgruppe werden insbesondere die sogenannten „Butterfahrten“ umfasst. Es ist ausreichend, dass der Verkäufer die Reise im Wege einer Vereinbarung mit einem Beförderungsunternehmen organisiert hat⁷⁴⁸. Art. 5 kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Reise im Verbraucherstaat begonnen wurde; eine Ausdehnung auf die sogenannten Gran-Canaria-Fälle, in denen die Reise erst in einem Drittstaat beginnt, kommt daher nach überwiegender Ansicht nicht in Betracht⁷⁴⁹.

Art. 5 wird für rechtspolitisch unbefriedigend gehalten, weil er in seiner derzeitigen Fassung keinen umfassenden Verbraucherschutz gewährleistet⁷⁵⁰. Insbesondere die Differenzierungen der situativen Anwendungsvoraussetzungen werden häufig als unsachgemäß erachtet, weshalb die verschiedensten Korrekturinstrumentarien erwogen werden (Analogienbildung⁷⁵¹, *fraus legis*, *ordre public*, Eingriffsnormen, etc.)⁷⁵².

4. Anwendbares Recht

In diesen drei genannten Fallgruppen ist nach Art. 5 Abs. 3 bei Fehlen oder Unwirksamkeit einer Rechtswahl das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsstaats⁷⁵³ des Verbrauchers anzuwenden. Dadurch wird der kollisionsrechtliche Schutz des Verbrauchers erreicht, denn die Informationskosten und -risiken werden abweichend von der Grundregel des Art. 4 Abs. 2 immer dem Vertragspartner des Verbrauchers auferlegt.

II. Arbeitsverträge, Art. 6 EVÜ

Für Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse⁷⁵⁴ (auch reine De-facto-Arbeitsverhältnisse⁷⁵⁵) von Einzelpersonen sieht Art. 6 Abs. 2 eine besondere objektive Anknüpfung vor. Ziel dieser

⁷⁴⁶ Waren sind bewegliche Sachen (*Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 56) im Sinne des Art. 5 Abs. 1 (Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 39). Der Begriff des „Kaufs“ soll auch den Abzahlungskauf und das Leasing umfassen; in Abgrenzung zu Abs. 1 allerdings keine Drittfinanzierungen; vgl. Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 39 m.w.N.

⁷⁴⁷ *Lagarde*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991) 287, 316 spricht von einer „excursion transfrontière“.

⁷⁴⁸ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 56.

⁷⁴⁹ Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 341 Fn. 175 m.w.N.; teilweise wird hier mit dem Argument der Gesetzesumgehung gearbeitet (vgl. *von Hoffmann* §6 Rn. 131).

⁷⁵⁰ Vgl. etwa *Rudisch*, RabelsZ 63 (1999) 70, 97; Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 4, 42 ff. m.w.N.

⁷⁵¹ Zu den restriktiven Analogievoraussetzungen bei völkerrechtlichen Verträgen vgl. breits oben S. 45 ff.

⁷⁵² Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 42 ff. m.w.N.; strenger aber *Lagarde*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991) 287, 316 f., der Art. 5 wirklich nur in den genannten drei Gedankenstrichen anwenden will und es ansonsten bei den generellen Vorschriften der Art. 3 und 4 belässt, Lücken erkennt aber auch er an..

⁷⁵³ Vertragsautonom wie bei Art. 4 als Daseinsmittelpunkt zu definieren (s.o. S. 60 ff.), Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 63 Fn. 250.

⁷⁵⁴ Die englische und französische Textfassung weichen hier von der deutschen Sprachfassung ab, indem sie nur von Arbeitsverträgen sprechen (contract of employment / contrat de travail) und das Arbeitsverhältnis unerwähnt

Anknüpfung ist die Gewährung kollisionsrechtlichen Schutzes für den Arbeitnehmer, der regelmäßig sozial und wirtschaftlich gegenüber dem Arbeitgeber schwächeren Partei⁷⁵⁶. Der Begriff des Arbeitsvertrages wird dahingehend verstanden, dass „jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält, wobei es sich um eine unselbständige Tätigkeit – also ohne unternehmerische Entscheidungsfreiheit und ohne eigenes unternehmerisches Risiko – handeln muss, bei der die Interessen der Vertragsschließenden nicht auf der gleichen Ebene liegen, so dass jener Partei, die in diesem Zusammenhang sozial und wirtschaftlich als die schwächere anzusehen ist, ein angemessener Schutz zu gewähren ist.“⁷⁵⁷ Aus dem Schutzzweck des Art. 6 ergibt sich, dass auch Gruppenarbeitsverhältnisse seinem Schutz unterfallen, nicht jedoch kollektives Arbeitsrecht⁷⁵⁸. Über Art. 6 kann aber kollektives Arbeitsrecht im Rahmen der *lex causae* auf den Individualarbeitsvertrag angewendet werden; dagegen regelt das Übereinkommen die Frage nach dem auf Tarifverträge anwendbaren Recht nicht⁷⁵⁹.

Mangels einer Rechtswahl nach Art. 3 EVÜ ist nach Art. 6 Abs. 2 lit. a) das Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (*lex loci laboris*), anzuwenden, selbst bei vorübergehender Entsendung⁷⁶⁰ in einen anderen Staat („Ausstrahlung“ des Rechts am gewöhnlichen Arbeitsort⁷⁶¹). Dies ist auch der Staat der Erbringung der charakteristischen Leistung⁷⁶², weshalb diese Regelung neben der Berücksichtigung der besonderen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers als regelmäßig schwächere Partei auch als Ausprägung des Grundsatzes der charakteristischen Leistung verstanden werden kann⁷⁶³. Die Anknüpfung an den Ort der gewöhnlichen Arbeitsleistung⁷⁶⁴, regelmäßig der Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses, hat den Vorteil des Gleichlaufs von

lassen. Hieraus wird in der deutschen Lehre teilweise abgeleitet, dass die Begriffe nach der *lex fori* zu qualifizieren seien (so: von Bar II Rn. 446; Däubler, RIW 1987, 249, 250; Schmidt-Hermesdorf, RIW 1988, 938, 939). In der englischen Lehre wird dagegen die *lex causae* bevorzugt (Dicey/Morris II Rule 181; Morse in North, Contract Conflicts, 143, 146 ff.; anders aber Smith S. 366 (*lex fori*)). Durchgesetzt hat sich demgegenüber die mit der Auslegungsregel des Art. 18 EVÜ in Einklang stehende vertragsautonome Auslegung (Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 6 Rn. 6; vgl. auch Reithmann/Martiny-Martiny Rn. 1333). Aus dem Begriff des „Arbeitsverhältnisses“ in der deutschen Fassung wird – im Einklang mit dem Bericht von Giuliano/Lagarde – abgeleitet, dass auch unwirksame Arbeitsverträge und rein faktische Arbeitsverhältnisse Art. 6 unterstehen; vgl. Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991) 287, 321. Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 6 Rn. 7, weist darauf hin, dass es sich daher um eine Spezialnorm zu Art. 10 Abs. 1 lit. e) handelt, gegen den ein Vorbehalt eingelegt werden kann – nicht aber gegen Art. 6.

⁷⁵⁵ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 58.

⁷⁵⁶ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 57.

⁷⁵⁷ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 6 Rn. 7 m.w.N.

⁷⁵⁸ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 6 Rn. 9 ff., der detailliert auf Abgrenzungsfragen eingeht.

⁷⁵⁹ Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991) 287, 320.

⁷⁶⁰ Einen festen Zeitrahmen für eine vorübergehende Entsendung gibt es nicht, jedenfalls muss der Schwerpunkt noch an einem anderen Ort zu erbringen sein (vgl. Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 6 Rn. 37 m.w.N., der als Indiz dafür das Bestehen eines organisatorischen Zentrums sieht).

⁷⁶¹ Kropholler, IPR, §52 VI 3.

⁷⁶² Däubler, RIW 1987, 249, 251.

⁷⁶³ Kropholler, IPR, 3. Aufl. 1997, §52 V.

⁷⁶⁴ Nach Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 6 Rn. 33 f. m.w.N. zu verstehen als der Ort, „an dem der Arbeitnehmer die mit seinem Arbeitgeber vereinbarten Tätigkeiten tatsächlich ausübt, bzw. an dem die Tätigkeit ihr zeitliches und inhaltliches Schwergewicht hat“. Dabei soll es nicht auf den vereinbarten Arbeitsort, sondern auf den tatsächlichen ankommen, außer das Arbeitsverhältnis ist schon vor seinem tatsächlichen Beginn beendet worden.

anwendbarem privatem und öffentlichem Arbeitsrecht⁷⁶⁵. Wie bei Verbraucherverträgen treffen auch hier die mit internationalen Vertragsabschlüssen verbundenen Informationskosten und -risiken in Umkehrung des Grundsatzes des Art. 4 Abs. 2 die regelmäßig stärkere Partei. Verrichtet der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat, ist gemäß Art. 6 Abs. 2 lit. b) das Recht des Staates anzuwenden, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat⁷⁶⁶.

Art. 6 Abs. 2 sieht für beide Alternativen eine Ausweichklausel vor, wonach eine Korrektur der Regelanknüpfungen dann geboten⁷⁶⁷ ist, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist. Das Recht dieses Staates der engsten Verbindung ist dann anzuwenden. Daraus ergibt sich auch der Unterschied zur Regelung der Verbraucherverträge in Art. 5: Bei diesen geht es um eine Anknüpfung, die allein dem Ziel der Verwirklichung des Verbraucherschutzes dient, während Art. 6 auch der Lokalisierung der engsten Verbindung dient⁷⁶⁸. Wie die Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 5 ist auch diese restriktiv zu handhaben⁷⁶⁹.

Da der Wortlaut keinen Zeitpunkt für das Vorliegen der Bedingungen des Abs. 2 lit. a) und b) nennt, ist das Arbeitsvertragsstatut auch bei objektiver Anknüpfung wandelbar⁷⁷⁰.

§ 5 **Zusammenfassung: Das anwendbare Recht bei objektiver Anknüpfung**

I. *Das anwendbare Recht beim EVÜ*

Das EVÜ beschreitet im Fall einer fehlenden oder ungültigen Rechtswahl einen anderen Weg als die Konvention von Mexiko. Zunächst ist festzustellen, ob es sich um einen Verbraucher- oder Arbeitsvertrag handelt, für den Spezialregelungen bestehen. In den anderen Fällen ist auf die einschlägigen Vermutungen zurückzugreifen, mit einem Vorrang der speziellen Vermutungen gegenüber der charakteristischen Leistung. Nur wenn diese nicht festzustellen ist, ist der Staat der engsten Verbindung anhand einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln. Auch eine Widerlegung der Vermutungen ist im Einzelfall möglich. Des Weiteren kann in Ausnahmefällen eine Vertragsspaltung vorgenommen werden. Nur staatliches Recht kann Vertragsstatut sein. Was fehlt, ist eine Korrektornorm wie Art. 10 Konvention von Mexiko, welche die Herbeiführung materiell gerechter Entscheidungen erforderlichenfalls auch gegen die objektiv bestimmte *lex causae* erleichtern kann. Zu beachten ist auch, dass zwin-

⁷⁶⁵ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 6 Rn. 32; Däubler, RIW 1987, 249, 251.

⁷⁶⁶ Zu den Anforderungen an die Niederlassungseigenschaft vgl. Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991) 287, 318 f.; Gamillscheg, ZfA 1983, 307, 334 weist darauf hin, dass eine passendere Übersetzung des französischen „établissement“ der deutsche Begriff „Betrieb“ gewesen wäre.

⁷⁶⁷ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 6 Rn. 39 weist darauf hin, dass die Korrekturmöglichkeit geboten, nicht nur gegeben ist.

⁷⁶⁸ Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 318.

⁷⁶⁹ Kropholler, IPR, §52 VI 3.

⁷⁷⁰ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 6 Rn. 43.

gende Bestimmungen anderer Rechtsordnungen als der *lex causae* zur Anwendung kommen können⁷⁷¹.

II. Das anwendbare Recht bei der Konvention von Mexiko

Das im Falle fehlender oder ungültiger Rechtswahl auf den Schuldvertrag anwendbare Recht steht bei der Konvention von Mexiko erst nach einem aufwendigen Prozess fest: Zunächst muss der Staat ermittelt werden, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist, wobei keine Vermutungen vorgegeben sind, welche bei der Lokalisierung dieses Rechts behilflich sein könnten. Vielmehr muss in jedem Einzelfall auf alle objektiven und subjektiven Vertragselemente zurückgegriffen werden. Nach dem Muster von § 188 des US-amerikanischen Restatement (Second) of Conflict of Laws sind die verschiedenen objektiven Elemente aus Sicht unterschiedlicher „policies“ (der subjektiven Elemente) individuell für den konkreten Fall zu gewichten. Ferner können nach der zukunfts-offenen Norm des Art. 9 Abs. 2. S. 2 die *lex mercatoria* oder sonstige von internationalen Organisationen anerkannte Grundsätze des internationalen Handels zur Ermittlung der (zwingend staatlichen) *lex causae* herangezogen werden. Über Art. 10 spielt die *lex mercatoria* in die materielle Entscheidungsfindung mit der Finalität der Ergebnisgerechtigkeit herein. Darüber hinaus besteht im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 ausnahmsweise die Möglichkeit, verschiedene Rechte auf verschiedene Vertragsteile anzuwenden. Dem Richter ist demzufolge bei der Bestimmung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts ein erheblicher Entscheidungsspielraum zugestanden. Des weiteren sind nach Art. 11 die zwingenden Bestimmungen des Forums und möglicherweise die eines Drittstaates zu beachten⁷⁷².

Problematisch an diesem weiten Entscheidungsspielraum ist, dass über das anwendbare Recht bis zum Abschluss des richterlichen Entscheidungsfindungsprozesses allenfalls spekuliert werden kann⁷⁷³. Die Rechtssicherheit der Parteien ist erheblich eingeschränkt, wobei der Einwand *Juengers*, dass die Parteien, unterlassen sie eine Rechtswahl, sich nicht darüber beschweren dürften, wenn der Richter an ihrer Stelle eine vernünftige Entscheidung treffe⁷⁷⁴, sicherlich eine gewisse Art von Schadenfreude beinhaltet⁷⁷⁵. Problematisch ist dieser weite Entscheidungsspielraum aber auch aus Sicht des Richters, denn ihm sind keine klaren Leitlinien an die Hand gegeben, nach denen er sich richten könnte⁷⁷⁶. Daher scheint die Konvention, wie *Samtleben* bemerkt, auf das Präjudizien-system des anglo-amerikanischen Rechts zugeschnitten zu sein, bei dem der Richter sich an vorher

⁷⁷¹ Vgl. unten S. 147 ff.

⁷⁷² Dazu s.u. S. 158 ff.

⁷⁷³ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 389.

⁷⁷⁴ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 392; *Juenger*, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 206; diese vernünftige Entscheidung wird nach seiner Ansicht häufig in der Anwendung anationalen Rechts liegen.

⁷⁷⁵ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 389 Fn. 39.

⁷⁷⁶ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 389.

ergangenen Entscheidungen orientieren kann⁷⁷⁷. Mit stetig steigender Zahl veröffentlichter Entscheidungen steigt in diesem System die Rechtssicherheit. Zwar existiert das Präjudiziensystem in abgewandelter Form auch in einigen lateinamerikanischen Staaten, wie beispielsweise Mexiko, wo das oberste Gericht und die mittleren Bundes-Appellationsgerichte für die niedrigeren Bundesgerichte und die Gerichte der Bundesstaaten bindende Präjudizien (sogenannte „*jurisprudencia definida*“) schaffen können, indem sie fünf aufeinanderfolgende gleiche Entscheidungen hinsichtlich der gleichen Sachfrage treffen⁷⁷⁸. Dennoch ist das Präjudiziensystem im allgemeinen dem Civil Law fremd und es existieren insbesondere in vielen kleineren Staaten Lateinamerikas wenig Wege, die Rechtsprechung anderer Gerichte zu erkunden⁷⁷⁹.

Aus diesen Gründen ist es die nicht unwahrscheinliche Konsequenz, dass Richter den Kriterien besondere Bedeutung zukommen lassen, die in ihrem bisherigen internationalem Schuldvertragsrecht Kollisionen lösen. Damit wäre der gewünschte Vereinheitlichungseffekt der Konvention dahin. Auch besteht die Gefahr, dass der Richter im Zweifelsfall die engste Verbindung zum eigenen Heimatrecht annehmen wird⁷⁸⁰, was den gleichen Effekt hätte: Eine Vereinheitlichung bestünde nur auf dem Papier. Forum shopping würde demgegenüber gefördert⁷⁸¹.

III. Vergleich der unterschiedlichen Lokalisierungsmechanismen

Im Grunde genommen handelt es sich bei dem von der Konvention von Mexiko zur Ermittlung der engsten Verbindung beschrittenen Weg um eine vom EVÜ abweichend gelöste Entscheidung des typischen Konflikts von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit. Die flexible Lösung der Konvention von Mexiko erlaubt dem Richter, seine Entscheidung ganz nach den Bedürfnissen des Einzelfalls zu fällen. Damit steigt die Möglichkeit, ein im einzelnen Fall gerechtes Ergebnis zu erreichen. Durch die Gefahr des Zurückgreifens auf hergebrachte Anknüpfungskriterien oder ein starkes „Heimwärtsstreben“ kann dieser Vorteil allerdings wieder eingeschränkt werden. Auf der anderen Seite fehlt die Vorhersehbarkeit des Ergebnisses; die Rechtssicherheit leidet. Die Konvention von Mexiko sieht sich daher dem Einwand gegen jede individualisierende Anknüpfung ausgesetzt: Die Suche nach der für jeden einzelnen Vertrag angemessenen Anknüpfung lässt die Gewissheit über das auf den Vertrag anwendbare Recht bis zur richterlichen Entscheidung in der Schwebe; das Ziel der

⁷⁷⁷ Samtleben, IPRax 1998, 385, 389.

⁷⁷⁸ Vgl. dazu: Folsom/Folsom S. 44.

⁷⁷⁹ Samtleben, IPRax 1998, 385, 389 f.; zu den strukturellen Schwierigkeiten, Informationen über die Rechtssysteme und Gerichtsentscheidungen innerhalb Lateinamerikas zu gewinnen siehe Garro, Am.J.Comp.L. 40 (1992), 587, 610 f.

⁷⁸⁰ Samtleben, IPRax 1998, 385, 390.

⁷⁸¹ Malloy, Fordham Int'l.L.J. 19 (1995), 662, 727.

für den Einzelfall „richtigen“ Anknüpfung wird auf Kosten der Voraussehbarkeit der richterlichen Entscheidung verwirklicht⁷⁸².

Wenn Rechtssicherheit als Wert begriffen wird, ist dieses Fehlen fester Anknüpfungskriterien problematisch⁷⁸³. Rechtssicherheit ist leichter durch das Arbeiten mit Vermutungen zu erreichen. Wird Rechtssicherheit als ein Wert angesehen, dann ist dieser im Bereich des Vertragsrechts besonders stark ausgeprägt, denn die Parteien setzen sich bewusst in Rechtsbeziehungen zueinander und Meinungsverschiedenheiten zwischen ihnen sind daher oft vorhersehbar. Wenn voraussehbar ist, wie die Entscheidung ausfallen wird, ist beiden Parteien geholfen: Zum einen können Konflikte möglicherweise ganz vermieden werden, wodurch Kosten gesenkt werden. Zum anderen wird auch die Konfliktlösung selbst vereinfacht, weil die Zahl der Streitpunkte vermindert wird. Anders liegt es beispielsweise im Deliktsrecht: Dort treffen die Parteien in der Regel ungeplant aufeinander und stehen in keiner vorherigen Rechtsbeziehung zueinander. In diesem Rechtsgebiet scheint es angebracht, Einzelfallgerechtigkeit einen höheren Wert einzuräumen als Rechtssicherheit im Sinne von Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts⁷⁸⁴. Gerade im Vertragsrecht ist Rechtssicherheit demnach von Bedeutung. Dies gilt auch dann, wenn eine Rechtswahl unterbleibt. Dieses Fehlen ist oft kein Übersehen der Parteien, sondern resultiert daher, dass keine Einigung gefunden werden konnte, sei es aus Prestigefragen, sei es aus wirtschaftlichen Erwägungen⁷⁸⁵.

Es ist aber durchaus nicht so, dass der Mangel an Rechtssicherheit nur nachteilig wäre. Es ist angebracht, in einem solchen Fall das materiell beste Recht anzuwenden, wenn die Parteien keine besonderen schützenswerten Erwartungen hatten. Die Konvention von Mexiko gestattet hier, alle entscheidenden Faktoren in die Abwägung einzubeziehen, um den Fall bestmöglich zu lokalisieren. So erlaubt sie etwa, die Informationskosten und -risiken bezogen auf die Eigenheiten eines jeden konkreten Vertrages zu verteilen. Fraglich ist aber, ob der flexible Lokalisierungsmechanismus nicht eher einem stärkeren Heimwärtsstreben Vorschub leisten wird. Auch die Konfliktvermeidung wird durch ein von vornherein feststehendes anwendbares Recht bestärkt, speziell solange sich der Trend in Common Law Staaten zu äußerst langen und detaillierten Verträgen weltweit noch nicht durchgesetzt hat. Solange die Vertragstexte nicht für alle denkbaren Eventualitäten Vorkehrungen treffen, muss häufig auf eine zugrundeliegende Rechtsordnung zurückgegriffen werden, um Lücken zu schließen.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass in keiner Konvention einer der beiden Werte Rechtssicherheit oder Einzelfallgerechtigkeit zum alles dominierenden wird. Es sind jeweils beide Werte enthalten, nur die Gewichtung fällt im Rahmen der Konvention von Mexiko

⁷⁸² Vgl. *Roth*, Int.Vers.V.R., S. 301.

⁷⁸³ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 393.

⁷⁸⁴ Vgl. auch Restatement (Second) of Conflict of Laws § 188 comment (b): “. . . [T]he protection of the justified expectations of the parties is of considerable importance in contract whereas it is of relatively little importance in torts. . .”.

⁷⁸⁵ Zu den Gründen des Unterlassens einer Rechtswahl vgl. *Roth*, Int.Vers.V.R., S. 307 m.w.N.

stärker in Richtung Einzelfallgerechtigkeit aus, während das EVÜ durch seinen Rückgriff auf Vermutungen eher in Richtung Rechtssicherheit tendiert. Keine der beiden Lösungen erreicht jedoch das Höchstmaß an Rechtssicherheit, das sich nur durch die Wahrnehmung der Möglichkeit zur Rechtswahl erreichen lässt. Die Gegenüberstellung der Lösungswege des EVÜ und der Konvention von Mexiko für den Fall der objektiven Anknüpfung macht also vor allem eines deutlich: Wirkliche Rechtssicherheit lässt sich in beiden Fällen für die Parteien nur durch eine Rechtswahl erreichen, sei diese zeitgleich mit dem strittigen Vertrag getroffen oder erst anlässlich des (sich abzeichnenden) Rechtsstreits erfolgt.

Für den Fall, dass die Parteien trotz allem keine Rechtswahl getroffen haben, bleibt die Lösung immer ein Kompromiss. Ein Höchstmaß an Rechtssicherheit lässt sich abgesehen von einer Rechtswahl nur durch rigide Anknüpfungen ohne Ausnahmen erreichen. In der Praxis konnten sich solche Anknüpfungen wegen der häufig unbilligen Ergebnisse jedoch nicht lange behaupten, wie beispielsweise das allgemein als negativ erachtete Beispiel des US-amerikanischen Restatement (First)⁷⁸⁶ zeigt. Rigide Ergebnisse lassen eben nicht in jedem Fall gerechte Ergebnisse zu. Es handelt sich immer um eine Frage des Grades, wie bei der Abwägung die Pole der Rechtssicherheit und der Einzelfallgerechtigkeit ausbalanciert werden.

Hier tendiert die Lösung des EVÜ, das mit seinem System flexiblierter (aber dennoch prädisponierender) Vermutungen einem typisierenden Ansatz folgt, eher in Richtung Rechtssicherheit, während die der individualisierenden Methode folgende Konvention von Mexiko mit ihrer komplizierten Ermittlung der engsten Verbindung durch einen mittels verschiedener „policies“ dynamisierten grouping of contacts test eher in Richtung Einzelfallgerechtigkeit blickt. Die individualisierende Methode erlaubt es, die das internationale Vertragsrecht kennzeichnende Vielfalt der Sachverhalte und der Parteiinteressen angemessen zu berücksichtigen und erlaubt durch ihre Offenheit die Heranziehung aller für die konkrete Rechtsanwendungsfrage relevanter Umstände in jedem einzelnen Fall⁷⁸⁷.

Die Probleme der primären Anknüpfung an die Niederlassung des Erbringers der charakteristischen Leistung, wie die kollisionsrechtliche Bevorzugung der tendenziell stärkeren Partei und der Bevorzugung wirtschaftlich entwickelterer Länder sind bekannt, andere zufriedenstellende Anknüpfungen wurden aber auch nicht gefunden. Während viel dafür spricht, dass die Frage, wie die Abwägung der Werte im Einzelnen vorzunehmen ist, letztlich eine Glaubensfrage bleiben muss, spielen auch die betroffenen Rechtssysteme eine Rolle. Zwar handelt es sich sowohl beim EVÜ als auch bei der Konvention von Mexiko, wie vor allem bei der Regelung der Anwendbarkeit deutlich wird⁷⁸⁸, um Dokumente, die häufig Zeugnis ihrer Herkunft aus dem Bereich des Civil Law geben. Bei der Systematik der objektiven Anknüpfung scheint der äußerst flexible Mechanismus der Konvention von Mexiko jedoch

⁷⁸⁶ Von 1934.

⁷⁸⁷ Roth, Int.Vers.V.R., S. 301

⁷⁸⁸ Vgl. oben S. 17 ff.

eher aus dem Common Law zu stammen. Die deutlichen Parallelen zum Restatement (Second) of Conflict of Laws sind sicher nicht zufällig. In einem Präjudizienystem kann auch mit sehr weiten Generalklauseln im Laufe der Zeit Rechtssicherheit erreicht werden, während hier das Civil Law systemimmanent zurückbleibt. Das soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass nur Staaten aus dem Bereich des Civil Law Interesse an der Konvention von Mexiko angemeldet haben, und dies wohl auch so bleiben wird. Auch ist darauf hinzuweisen, dass das Restatement (Second) von § 188 abgesehen eher dem EVÜ ähnelt: Ebenso wie dieses kombiniert es das weite Prinzip der bedeutendsten Verbindung („most significant relationship“) mit spezielleren Regeln, die als widerlegbare Vermutungen ausgestaltet sind⁷⁸⁹. Während das Restatement (Second) zwar ergebnisoffener ausgestaltet ist als das EVÜ⁷⁹⁰, fehlen spezielle Regeln der Konvention von Mexiko gänzlich.

Die leider undeutlich formulierte und daher zu einem großen Meinungsstreit anlassgebende Norm des Art. 9 Abs. 2 S. 2 Konvention von Mexiko hat nur bedingt Vorbildfunktion für eine Revision des EVÜ. Sollte sie dahingehend verstanden werden, die Wahl anationalen Rechts als objektives Vertragsstatut zuzulassen, wäre sie eine bedeutende Neuerung mit Signalwirkung. In ihrer jetzigen Form bleibt sie hingegen nahezu funktionslos, denn die Kombination der objektiven mit den verschiedenen als subjektive Elemente verbrämten „policies“ gestattet dem Richter ohnehin, zu nahezu jedem gewünschten Ergebnis zu gelangen.

Von überragender Bedeutung ist demgegenüber Art. 10 Konvention von Mexiko, durch den materiellrechtliche Erwägungen Einzug in ein kollisionsrechtliches Dokument halten. Die Norm bietet das Instrument, kollisionsrechtliche Ergebnisse durch materielle Erwägungen zu überlagern und dokumentiert so die untrennbare Verbindung von kollisionsrechtlicher und materiellrechtlicher Gerechtigkeit. Der gegenüber Art. 9 UN-KaufR und auch § 346 HGB weitere Anwendungsbereich (nicht nur Handelsbräuche, sondern die gesamte *lex mercatoria* ist erfasst) sowie der Verzicht auf subjektive Anwendungsvoraussetzungen und statt dessen das Finalitätserfordernis der materiellen Ergebnisgerechtigkeit machen diese Norm zum Herzstück der Konvention und zum Vorbild für eine Überarbeitung des EVÜ. Art. 10 führt behutsam den materiellrechtlichen Ansatz in das ansonsten multilateral geprägte System der Konvention von Mexiko ein. Während im Grundsatz das gleiche System wie beim EVÜ beibehalten wird, können anders als bei diesem über den materiellrechtlichen Ansatz des Art. 10 Einzelfallkorrekturen über Eingriffe in die *lex causae* leichter erreicht werden.

Ein weiterer Unterschied liegt in der kollisionsrechtlichen Behandlung sozial typisch schwächerer Gruppen wie Verbrauchern und Arbeitnehmern. Zwar wird die Lösung des EVÜ im Bereich des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes häufig als rechtspolitisch unbefriedigend kritisiert, indes enthält die Konvention von Mexiko hier gar keine besonderen Anknüp-

⁷⁸⁹ Reimann, Va.J.Int'l L. 39 (1999), 571, 587.

funken. Dennoch ist es an dieser Stelle für eine abschließende Bewertung dieser Frage noch zu früh, denn die verwendeten Schutzmechanismen für typisch schwächere Vertragspartner weichen insgesamt erheblich voneinander ab und bedürfen einer Gesamtbetrachtung, welche die unterschiedliche Systematik der zwingenden Bestimmungen⁷⁹¹ mit einbeziehen muss. Jedenfalls ist festzuhalten, dass die Konvention von Mexiko eine spezielle Behandlung von Arbeitnehmern oder Verbrauchern durchaus ermöglicht: Die bei den subjektiven Vertragselementen zu beachtenden „policies“ lassen auch hier den Schutz der schwächeren Parteien durch Realisierung besonderer Anknüpfungen zu, die ebenso wie das EVÜ eine Verteilung der Rechtsinformationskosten und -risiken zu Gunsten dieser Parteien ermöglicht.

⁷⁹⁰ *Reimann*, Va.J.Int'l L. 39 (1999), 571, 588.

⁷⁹¹ Dazu vgl. unten S. 147 ff.

E. Parteiautonomie

Die Parteiautonomie, die Möglichkeit der Wahl des anwendbaren Rechts durch die Parteien⁷⁹², gilt als „Leitstern“ des internationalen Vertragsrechts⁷⁹³. Sie ist Ausfluss (und Komplementäerscheinung⁷⁹⁴) der materiellrechtlichen Privatautonomie und bewirkt, dass im Falle einer wirksamen Rechtswahl das gewählte Recht dem durch objektive Anknüpfung zu ermittelndem vorgeht⁷⁹⁵. Die Parteiautonomie unterscheidet sich von der Privatautonomie dadurch, dass im Rahmen der Parteiautonomie eine Rechtsordnung als solche gewählt werden kann, also das Vertragsstatut bestimmt werden kann, während die Privatautonomie lediglich Freiraum im Rahmen der dispositiven Normen einer bestimmten Rechtsordnung gewährt, also lediglich die Ausgestaltung des Vertragsinhalts gestattet. Die Wahl des anzuwendenden Rechts im Rahmen der Parteiautonomie erfolgt somit im umfassenden Sinne: Sowohl die dispositiven als auch die zwingenden Normen einer Rechtsordnung werden angewendet⁷⁹⁶. Auch wenn Rechtswahlklauseln keine jüngere Erscheinung sind, sie finden sich schon in Verträgen die bis ins Jahr 1074 datieren⁷⁹⁷, so wurde einer Rechtswahl durch die Parteien vielmals lediglich die Wirkung einer materiellrechtlichen Rechtswahl beigemessen⁷⁹⁸.

Indem das anwendbare Recht verhandelbar wird, kann der Vertrag die Wünsche der Parteien besser widerspiegeln⁷⁹⁹. Der große Vorteil der Parteiautonomie für die Vertragsparteien ist, dass ihre legitimen Erwartungen und damit ihre Planungssicherheit geschützt werden, wovon der internationale Handel (besonders im Rechtsverkehr mit Staaten, deren Rechtsordnungen dem Handel abträglich sind⁸⁰⁰) profitieren kann⁸⁰¹. Da die Vertragspartner besser als ein Gesetzgeber oder Richter geeignet sind, ihre, möglicherweise widerstreitenden, Rechtsanwendungsinteressen zu definieren und zu einem Ausgleich zu bringen, liegt die Rechtswahlfreiheit in ihrem Interesse⁸⁰². Durch eine Rechtswahl bestimmen die Parteien, wer von ihnen die Risiken und Kosten der Information über eine fremde Rechtsordnung tragen soll; eventuelle Kompensationen für diese Benachteiligung können die Parteien im Wege des vertraglichen Kompromisses selbst vornehmen⁸⁰³. Die Zulassung der Wahl einer

⁷⁹² Siehe etwa: *Scoles/Hay* S. 657; *Weintraub* S. 369; *Richman/Reynolds* S. 202; *von Hoffmann* §5 Rn. 96.

⁷⁹³ *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 45 (1997), 195, 206.

⁷⁹⁴ *Von Bar* II Rn. 415.

⁷⁹⁵ *Von Hoffmann* §5 Rn. 96; vgl. allgemein zu den verschiedenen möglichen Grundlagen und Rechtfertigungen der Parteiautonomie *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 71-81 m.w.N.

⁷⁹⁶ *Hernández-Bretón*, *IPRax* 1998, 378, 380.

⁷⁹⁷ *Juenger* in *North*, *The E.E.C. Convention*, 295, 297; zur Geschichte der Parteiautonomie vgl. *Keller/Siehr* S. 366 ff.

⁷⁹⁸ Vgl. *Roth*, *Int.Vers.V.R.*, S. 44, zur Situation in Deutschland bis in die zwanziger Jahre des 20. Jahrhunderts; zur Situation in Lateinamerika und den USA vgl. unten S. 119 ff.

⁷⁹⁹ *Czernich/Heiss-Heiss* Art. 3 Rn. 3.

⁸⁰⁰ *Czernich/Heiss-Heiss* Art. 3 Rn. 3.

⁸⁰¹ *Hernández-Bretón*, *IPRax* 1998, 378, 380; *Cheshire/North* S. 553; *Fletcher*, *Ga.J.Int'l & Comp.L.* 26 (1999), 477, 514 nennt sie gar "indispensable to the conduct of international trade".

⁸⁰² *Roth*, *Int.Vers.V.R.*, S. 435.

⁸⁰³ *Roth*, *Int.Vers.V.R.*, S. 435.

neutralen Rechtsordnung kann diesen Ausgleich befördern und dadurch den Abschluss internationaler Verträge erleichtern⁸⁰⁴.

Ein weiterer Rechtfertigungsgrund der Parteiautonomie ist die Unzulänglichkeit objektiver Anknüpfungsmechanismen bei internationalen Schuldverträgen⁸⁰⁵. Heute wird die Parteiautonomie als einer der „von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze“ im Rahmen des Art. 38 lit. c) Statut des Internationalen Gerichtshofs (im folgenden: IGH-Statut) angesehen⁸⁰⁶. Sie gilt als Ausdruck der Freiheit der Person⁸⁰⁷. Kritik erfährt die Parteiautonomie dort, wo auch im materiellen Recht die Privatautonomie kritisch hinterfragt wird: Dort wo ungleiche Machtlagen bestehen oder die Parteien sich dem staatlichen Herrschaftsanspruch entziehen⁸⁰⁸.

Hinsichtlich der Wirkung der Rechtswahl hat sich der Gedanke durchgesetzt, dass die Parteien, vermittelt durch die Erlaubnis des Forums, das anwendbare Recht selbst wählen (subjektive Theorie) und nicht, wie insbesondere von älteren Ansichten vertreten, den Vertrag durch eine Rechtswahl nur lokalisieren oder bloß die Vorschriften der gewählten Rechtsordnung in den Vertrag inkorporieren⁸⁰⁹.

§ 1 Die Grundregeln der Parteiautonomie in den Übereinkommen

I. Art. 3 EVÜ

In Europa wird die Parteiautonomie nicht nur als allgemeiner Rechtsgrundsatz i.S.d. Art. 38 IGH-Statut geschützt, sondern ist direkt durch den EGV garantiert⁸¹⁰. Da der Grundsatz der Parteiautonomie schon vor Inkrafttreten des EVÜ im Internationalen Privatrecht aller Mitgliedsstaaten der damaligen Gemeinschaften verankert war, stellte er materiell keine Neuerung dar⁸¹¹.

Die grundsätzliche Regelung der Parteiautonomie im EVÜ findet sich in Art. 3, der neben dem Umfang der Verweisung (Abs. 1 und 3) die Art, wie die Rechtswahl zu treffen ist (ausdrücklich oder konkludent), die nachträgliche oder teilweise Rechtswahl und schließlich das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung regelt.

⁸⁰⁴ Roth, Int.Vers.V.R., S. 436 f.

⁸⁰⁵ Von Hoffmann, RabelsZ 38 (1974), 396, 397 ff.

⁸⁰⁶ Lando, Contracts, Int.Enc.Comp.L. III 24-60 (1976); Baumann, Das Recht Deutschlands und der Schweiz im Dialog 5 (1996), 2, 6 Fn. 12.

⁸⁰⁷ Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 3.

⁸⁰⁸ Von Hoffmann, RabelsZ 38 (1974), 396, 398 f.

⁸⁰⁹ Loussouarn/Bourel S. 422; Audit S. 629; Foyer, J.Dr.Int'l 118 (1991) 601, 606; Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 300.

⁸¹⁰ Roth, RabelsZ 55 (1991), 623, 652 ff.; Basedow, RabelsZ 59 (1995), 1, 27 f.; vgl. auch Sonnenberger, ZVglRWiss 95 (1996), 3, 24 f.; Reichert/Facilides-Heiss 91, 96 ff.; von Wilmsky S. 43 ff.

⁸¹¹ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 47 f. mit Hinweisen zur Rechtslage in den Mitgliedsstaaten vor Inkrafttreten des Übereinkommens sowie zur Anerkennung der Parteiautonomie in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sowie in völkerrechtlichen Übereinkommen.

Art. 3 Abs. 1 S. 1 bestimmt lapidar, dass der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht unterliegt. Dies gilt selbst dann, wenn der Vertrag nach dem gewählten Recht nichtig ist⁸¹². Neben Art. 3 haben die Artt. 5 und 6 bei Verbraucher-, bzw. Arbeitsverträgen Einfluss auf eine Rechtswahl. Grenzen setzten sie der Rechtswahl zwar nicht direkt, ihre Wirkung wird jedoch begrenzt. Erreicht wird diese Wirkungsbeschränkung durch spezielle Systematiken von zwingenden Bestimmungen⁸¹³. Auch international zwingende Bestimmungen setzen sich gegen sie durch (Art. 7). Bei reinen Binnensachverhalten ist die Wirkung einer Rechtswahl gemäß Art. 3 Abs. 3 eingeschränkt⁸¹⁴.

II. Die Grundregel in der Konvention von Mexiko: Art. 7

Art. 7 Abs. 1 S. 1 Konvention von Mexiko erkennt die Rechtswahlfreiheit der Parteien ebenso lapidar und umfassend wie das EVÜ an: „The contract shall be governed by the law chosen by the parties.“ Diese Akzeptanz ist angesichts der weitverbreiteten Ablehnung der Parteiautonomie in Lateinamerika bemerkenswert⁸¹⁵. Die Gründe für diese weitverbreitete Ablehnung waren in besonderem Maße konzeptioneller und positivistischer Natur⁸¹⁶. Die Anerkennung der Parteiautonomie ist nur schwer mit dem klassischen, in Lateinamerika weitgehend befolgten, Savignischen Ansatz vereinbar⁸¹⁷: *Savigny* fokussierte seine Analyse auf den Sitz des fraglichen Rechtsverhältnisses⁸¹⁸. Die Anwendung eines Rechts, das nicht notwendigerweise der Sitz des Rechtsverhältnisses ist, kann daher konzeptionell schwer mit diesem Ansatz vereinbart werden. Weitere Gründe für die ablehnende Haltung gegenüber der Parteiautonomie waren etatistische, protektionistische (etwa die berühmte „Calvo Doktrin“) und sozialistische Vorstellungen, sowie einfach fehlende Notwendigkeit: Freihandel zwischen den Staaten der Hemisphäre ist eine erst junge Entwicklung⁸¹⁹.

⁸¹² Soergel-von Hoffmann Art. 27 EGBGB Rn. 11 m.w.N.

⁸¹³ S.u. S. 143 ff.

⁸¹⁴ Vgl. unten S. 143 ff.

⁸¹⁵ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 386 ff.; *Rohm/Koch*, N.Y.Int'l L.Rev. 11 (1998), 1, 13; *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 387, weist darauf hin, dass von den zur Umfrage der OAS hinsichtlich des bislang geltenden Rechtszustandes eingegangenen Stellungnahmen nur rund die Hälfte für das jeweilige nationale IPR den Grundsatz der freien Rechtswahl klar bejahten, darunter die jetzigen Vertragsstaaten Mexiko und Venezuela. Dagegen stehe insbesondere in Brasilien, Kolumbien und Uruguay die gesetzliche Regelung der Anerkennung der Parteiautonomie entgegen, was dort allerdings selbst als reformbedürftig empfunden werde; vgl. auch *Samtleben*, *RabelsZ* 63 (1999) 1, 59 der darauf hinweist, dass die Parteiautonomie etwa in Uruguay und Paraguay völlig ausgeschlossen ist und auch in Brasilien nur für einzelne Bereiche zugelassen ist. Ansonsten könnten die Parteien entsprechend dem Montevideo-Vertrag von 1940 nur eine materiellrechtlichen Verweisung vornehmen; vgl. weiter *Operti Badán*, *Rev.Urug.DIP* 1 (1994), 13, 28 f. bezugnehmend auf bisherige Ablehnung der Parteiautonomie in Uruguay; der *Código Bustamante* maß einer Rechtswahl nur die Wirkungen einer materiellrechtlichen Verweisung bei, *Samtleben* S. 201; umfassend zur Entwicklung in Lateinamerika: *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 49-69; eine Auflistung von Argumenten, die gegen die Parteiautonomie vorgebracht werden bietet *Gonzalez de Cossío*, *Jurídica* 27 (1997), 119, 139.

⁸¹⁶ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 385 f.

⁸¹⁷ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 195; *Savigny* selbst befürwortete jedoch die Parteiautonomie; vgl. *Savigny* Bd. 8, S. 210 f.

⁸¹⁸ *Symeonides/Collins Perdue/von Mehren* S. 11.

⁸¹⁹ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 196.

Dies führte dazu, dass Parteiautonomie sowohl in der Konferenz von Montevideo betreffend Internationales Privatrecht von 1889 als auch im Vertrag von Montevideo über Internationales Privatrecht von 1940 keine Anerkennung finden konnte⁸²⁰. Diese Ablehnung hat auch prozessuale Aspekte: Bis zum heutigen Tag verweigern viele lateinamerikanische Gerichte Gerichtsstandsklauseln und Schiedsklauseln ihre Anerkennung⁸²¹. Die Konvention von Mexiko hat insofern Signalwirkung⁸²², da sie die Anerkennung der Parteiautonomie in Lateinamerika fördert⁸²³.

Auch im OAS-Mitglied Vereinigte Staaten wurde die Parteiautonomie lange vor allem von der Lehre abgelehnt⁸²⁴. *Beale*, der Reporter des Restatement (First) of Conflict of Laws von 1934, der als nicht weniger doktrinär als seine lateinamerikanischen Gegenparts beschrieben wird⁸²⁵, vertrat beispielsweise die Ansicht, dass privaten Parteien die Kompetenz zur Vornahme eines solchen „legislativen Akts“ wie einer Rechtswahl fehle, und dass eine Delegation solcher Macht an die Vertragsparteien völlig anormal und theoretisch nicht zu verteidigen sei⁸²⁶. Daher beinhaltete das Restatement (First) keinerlei Hinweis auf die Parteiautonomie⁸²⁷. Noch heutzutage wird die Parteiautonomie in den Vereinigten Staaten in der Lehre aus doktrinären Gründen angegriffen⁸²⁸. Der Grund dafür kann besonders im Einfluss *Curries* gesehen werden, der einen streng positivistischen Ansatz zur Lösung von Rechtskollisionen verfolgte: Er orientierte sich an „*governmental interests*“⁸²⁹, ein Ansatz, der nur schwer mit der Prämisse zu vereinbaren ist, dass die Parteien und nicht der Staat (durch den Richter) das Recht bestimmen, dem ein Vertrag unterliegt⁸³⁰. Nichtsdestotrotz anerkannten Gerichtssentscheidungen in den Vereinigten Staaten anders als in Lateinamerika die Parteiautonomie schon seit dem neunzehnten Jahrhundert⁸³¹, und der Grundsatz ist heute sowohl im Uniform Commercial Code als auch im Restatement (Second) of Conflict of Laws verankert und kann als in der dortigen Form⁸³² allgemein anerkannt beschrieben werden⁸³³.

Die Anerkennung des Grundsatzes der Parteiautonomie durch Art. 7 Konvention von Mexiko ist demnach für die Staaten Lateinamerikas, wo sie die größeren Veränderung mit sich bringt, von höherem Rang als etwa für die Vereinigten Staaten. Diese Bedeutung ergibt sich daraus, dass erst durch die Parteiautonomie eine Erreichung der in der Präambel postulierten Ziele greifbar möglich wird. Das Ziel der Vereinfachung internationaler Verträge kann durch eine breite Anerkennung der Parteiautonomie besonders effektiv erreicht werden, ja

⁸²⁰ Vgl. *Operti Badán*, *Rev.Urug.DIP* 1 (1994), 13, 29; *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 42 (1994), 381, 387.

⁸²¹ *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 42 (1994), 381, 387.

⁸²² *Samtleben*, *IPRax* 1998, 385, 387.

⁸²³ *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 42 (1994), 381, 388.

⁸²⁴ Vgl. *Reimann*, *Va.J.Int'l L.* 39 (1999), 571, 572 f.

⁸²⁵ *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 45 (1997), 195, 197.

⁸²⁶ *Beale*, Bd. 2, S. 1079 ff.

⁸²⁷ *Scoles/Hay* S. 659 Fn. 2.

⁸²⁸ Vgl. beispielsweise *Weintraub* S. 371-377.

⁸²⁹ Zu *Curries* Ansatz der „Interest Analysis“ vgl. schon oben S. 67 ff.

⁸³⁰ *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 45 (1997), 195, 198.

⁸³¹ Vgl. dazu *Scoles/Hay* S. 659 mit zahlreichen Hinweisen auf frühe Fälle und *Richman/Reynolds* S. 202.

⁸³² Zu den Unterschieden dieser Fassungen zur Konvention von Mexiko vgl. unten S. 127 ff.

sie ist für die Entwicklung des grenzüberschreitenden Handels geradezu unverzichtbar, da sie die durch die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen entstehenden Probleme lindert – insbesondere die daraus resultierende Rechtsunsicherheit⁸³⁴. Parteiautonomie steigert die Rechtssicherheit und ist ein effektives Mittel zur Transaktionskostensenkung.

§ 2 **Erfordernis einer objektiven Auslandsberührung**

Die Frage, ob eine objektive Auslandsberührung, also eine andere als die Rechtswahl, Zulässigkeitsvoraussetzung eben dieser Rechtswahl ist, lässt sich beim EVÜ im Umkehrschluss aus Art. 3 Abs. 3 verneinen. Indem Art. 3 Abs. 3 die Wirkung einer Rechtswahl bei reinen Binnensachverhalten gegenüber Art. 3 Abs. 1 einschränkt⁸³⁵, wird deutlich, dass eine Auslandsberührung nicht über die Zulässigkeit einer Rechtswahl, sondern nur über deren Reichweite entscheidet. Sobald eine Auslandsberührung mittels eines im EVÜ anerkannten Anknüpfungsmoments⁸³⁶ vorliegt, handelt es sich nicht mehr um einen Binnensachverhalt und es bleibt bei der allgemeinen Regel des Art. 3 Abs. 1.

Anders verhält es sich dagegen in der Konvention von Mexiko: Weist ein Vertrag keine Auslandsberührungen auf, so handelt es sich nicht um einen internationalen Vertrag im Sinne des Art. 1 Abs. 2 und die Konvention ist schon gar nicht anwendbar.

§ 3 **Ausübung der Parteiautonomie in den Übereinkommen**

I. **Die Ausübung der Parteiautonomie im EVÜ**

Die Ausübung der Parteiautonomie ist in Art. 3 Abs. 1 S. 2 EVÜ angesprochen: Die Rechtswahl muss ausdrücklich erfolgen oder sich mit hinreichender Sicherheit⁸³⁷ aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben. Eine ausdrückliche Rechtswahl liegt vor, wenn Willenserklärungen abgegeben werden, die unmittelbar auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts gerichtet sind, was auch durch AGB möglich ist⁸³⁸.

⁸³³ Richman/Reynolds S. 252.

⁸³⁴ Juenger, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 195.

⁸³⁵ Dazu und zum Streit, ob Art. 3 Abs. 3 einer Rechtswahl die Folgen einer kollisionsrechtlichen Verweisung oder nur die einer materiellrechtlichen beimisst vgl. unten S. 143 f. und S. 148 ff.

⁸³⁶ Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 4 m.w.N. nennt als solche anerkannten Anknüpfungsmomente z.B. den gewöhnlichen Aufenthalt, bzw. die Niederlassung der Parteien, die Belegenheit der vertragsgegenständlichen Sachen, eine grenzüberschreitende Lieferung von Sachen oder Erbringung von Dienstleistungen, den Erfüllungsort oder einen sonstigen inneren Zusammenhang des Geschäfts mit einem internationalen Sachverhalt. Umstritten ist die Bedeutung eines ausländischen Abschlussortes oder einer ausländischen Staatsangehörigkeit.

⁸³⁷ Dies entspricht dem englischen Wortlaut („with reasonable certainty“), der französische Wortlaut ist demgegenüber strenger: („de facon certaine“); vgl. Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 303.

⁸³⁸ Rühl, S. 50; Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 6 differenziert hier: Sind die AGB ausdrücklich vereinbart, so ist auch die Rechtswahl ausdrücklich; ist die Geltung der AGB dagegen nur konkludent vereinbart, so ist auch die Rechtswahl nur konkludent erfolgt; zur Rechtswahl in AGB vgl. unten S. 142 ff.

Auch eine konkludente Rechtswahl ist zulässig, vorausgesetzt sie ergibt sich „mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder den Umständen des Falles“. Mit dieser Klausel der „hinreichenden Sicherheit“ sollte eine Grenze zwischen der zulässigen konkludenten Rechtswahl und der unzulässigen hypothetischen Rechtswahl gezogen werden⁸³⁹. In Abgrenzung zu einer bloß hypothetischen Rechtswahl ist daher ein auf die Rechtswahl gerichteter realer Parteiwille erforderlich⁸⁴⁰, denn die Gestattung einer konkludenten Rechtswahl ist keine Ermächtigung zur Unterstellung einer nicht getroffenen Wahl⁸⁴¹. Die Formulierung wird als eine Mahnung der Verfasser des Übereinkommens gesehen, bei der Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl „kritische Vorsicht walten zu lassen.“⁸⁴² Dies gilt speziell bei sich widersprechenden Indizien: Je nach individuell ermittelter Bedeutung dieser Indizien ist es möglich, dass sich eine Rechtswahl nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen lässt⁸⁴³. In diesem Fall ist der Vertrag objektiv anzuknüpfen.

Die Indizien, die bei der Beurteilung der Frage, ob eine Rechtswahl getroffen wurde, heranzuziehen sind, können sich sowohl aus dem Inhalt des Vertrages, als auch – Art. 3 Abs. 1 S. 2 EVÜ spricht von „oder“ – aus den Umständen des Falles ergeben. Es ist also nicht zwingend, dass sich im Vertragstext Hinweise auf die Rechtswahl finden lassen.

So ist etwa eine konkludente Rechtswahl dann anzunehmen, wenn ein Vertrag auf einer bestimmten Rechtsordnung basiert⁸⁴⁴; ein Indiz für das Vorliegen einer konkludenten Rechtswahl kann beispielsweise in der Verwendung eines Formularvertrages liegen, der selbst ohne explizite Rechtswahl erkennbar nach einem bestimmten Rechtssystem zu beurteilen ist⁸⁴⁵. Auch aus früheren rechtlichen Beziehungen zwischen den Vertragspartnern, aus der Wahl eines Gerichtsstandes⁸⁴⁶ oder Hinweisen auf Rechtsnormen einer bestimmten Rechtsordnung⁸⁴⁷ kann sich eine konkludente Rechtswahl ergeben. Weiter kann Umständen wie dem Erfüllungsort⁸⁴⁸, einem gemeinsamen gewöhnlichem Aufenthalt, einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit, einer bestimmten Vertragssprache oder -währung, dem Abschlussort des Vertrages, dem Belegenheitsort einer Sache oder dem Ort der Vertragsbeurkun-

⁸³⁹ Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 303.

⁸⁴⁰ Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 8.

⁸⁴¹ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 49.

⁸⁴² Sandrock, RIW 1986, 841, 847; ähnl. Kropholler, IPR, §52 II 1.

⁸⁴³ Cheshire/North S. 563 f.

⁸⁴⁴ Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 12.

⁸⁴⁵ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 49 nennen als Beispiel eine Seeversicherungspolice von Lloyd's; kritisch zu diesem Beispiel Reichert-Facilides/Jessurun d'Oliveira-Morse, 23, 27 f.

⁸⁴⁶ Diese Vereinbarung muss allerdings (form)wirksam sein, denn unwirksame Klauseln können keine Vermutung eines gewollten Gleichlaufs zwischen *ius* und *forum* aufstellen, weil die Wahl des Forums auffällt; die Problematik tritt häufig bei Gerichtsstandsklauseln in „elektronischen AGB“ auf; Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 213; zur Vermutungswirkung von Gerichtsstandsklauseln vgl. North, Pr.Int'l.L., S. 105.

⁸⁴⁷ Cheshire/North S. 561 weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass zwischen der Inkorporierung einzelner ausländischer Rechtsnormen und einer echten Rechtswahl unterschieden werden muss. Maßgeblich ist hier wieder die Ermittlung des Parteiwillens. Die Rechtsfolge einer bloßen Inkorporierung ist eine „versteinerte“ Anwendung der inkorporierten Klausel. Zu Versteinerungsklauseln vgl. unten S. 127 ff.

⁸⁴⁸ Vgl. OLG Köln, IPRax 1996, 270, 271.

dung eine gewisse Indizwirkung zukommen. Für sich allein sind diese Umstände hingegen unzureichend zur Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl⁸⁴⁹.

II. *Ausübung der Parteiautonomie in der Konvention von Mexiko: Art. 7, 8*

1. *Der Grundsatz: Art. 7 Abs. 1 S. 2*

Art. 7 Abs. 1 S. 2 Konvention von Mexiko bestimmt, wie die Rechtswahl zu erfolgen hat: Sie muss entweder *expressis verbis* erfolgen oder sich offensichtlich („evidente“ / „evident“) aus dem Parteiverhalten und den Vertragsklauseln, als Ganzes betrachtet, ergeben. Wie im EVÜ ist daher neben der ausdrücklichen Rechtswahl auch die konkludente Rechtswahl zugelassen. Ebenso wie bei diesem ist von dieser Möglichkeit der impliziten Rechtswahl die hypothetische Rechtswahl⁸⁵⁰ konzeptionell zu trennen: Bei der impliziten Rechtswahl handelt es sich um eine tatsächlich erfolgte Wahl des anwendbaren Rechts durch die Parteien, diese erfolgte nur nicht ausdrücklich. Art. 7 liefert den Mechanismus zur Feststellung dieser tatsächlichen Wahl.

Das Offensichtlichkeitserfordernis der Konvention von Mexiko setzt eine höhere Hürde als das EVÜ, das sich mit dem Standard der „hinreichenden Sicherheit“ begnügt. Auch Art. 7 Abs. 1 S. 2 Haager Kaufrechtsübereinkommen lässt genügen, dass die Rechtswahl entweder ausdrücklich oder aber „clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, viewed in their entirety“ ist. „Clearly demonstrated“ ist nun zwar schon eine höhere Anforderung als das Erfordernis der „hinreichenden Sicherheit“, dennoch handelt es sich um ein Weniger zum Terminus „offensichtlich“. „Offensichtlich“ insinuiert eine Feststellbarkeit ohne weitreichende Nachforschungen, während „clearly demonstrated“ solche Nachforschungen erlaubt, das Ergebnis dieser dann aber dem genannten Standard entsprechen muss. Bei der Frage nach dem anwendbaren Standard handelt es sich immer um eine Abwägung zwischen der konkreten Gewichtung der Rechtssicherheit (der durch einen hohen Standard eher genügt wird) und der zu verhindernden Aushöhlung der Möglichkeit impliziter Rechtswahl (die desto mehr droht, je höher der angesetzte Standard ist). Je niedriger der angesetzte Standard ist, desto größer ist die Gefahr, dass die Grenzen der konkludenten zur bloß hypothetischen Rechtswahl verschwimmen⁸⁵¹.

Eine weitere Erschwernis gegenüber dem EVÜ liegt in den gesteigerten Anforderungen, welche die Konvention von Mexiko an die Umstände stellt, aus denen sich die konkludente Rechtswahl zu ergeben hat. Während sie sich beim EVÜ aus den Bestimmungen des Vertrages *oder* aus den Umständen des Falles ergeben kann, muss sie bei der Konvention

⁸⁴⁹ Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 12; vgl. OLG Köln IPRax 1996, 270, 271 (zusätzlich zum Erfüllungsort wird ein weiteres Indiz verlangt). *Cheshire/North* S. 563 weist hier auf die strikte Trennung zwischen den „Verbindungen“ des Art. 4 EVÜ und den Indizien zur Willenermittlung des Art. 3 EVÜ hin.

⁸⁵⁰ Zu deren möglicher Bedeutung im Rahmen der objektiven Anknüpfung vgl. oben S. 67 ff.

⁸⁵¹ Vgl. *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 80.

von Mexiko aus dem Parteiverhalten *und* den Vertragsklauseln als Ganzes betrachtet offensichtlich sein („be evident from the parties' behavior *and* from the clauses of the contract, considered as a whole“ (Hervorhebung des Verf.). Die Konvention verlangt also, dass sich im Vertragstext zumindest Anhaltspunkte finden lassen, die auf eine Rechtswahl der Parteien deuten. Das EVÜ ist hier genügsamer als die Konvention von Mexiko, bei der immer eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorgenommen werden muss, während beim EVÜ auch ein kleinschrittigeres Vorgehen zum Erfolg führen kann.

Diese Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 S. 2 Konvention von Mexiko verbieten es, in schematischer Weise auf typische Beweiszeichen abzustellen, nach denen Parteien üblicherweise eine Rechtswahl unterstellt wird; es ist vielmehr erforderlich, dass es jeweils im konkreten Fall offensichtlich ist, dass die Parteien den Vertrag einem bestimmten Recht unterstellen wollten, ohne dies ausdrücklich erklärt zu haben⁸⁵². Nach der individualistischen Methode ist die Eigenart des konkreten Falls zu erforschen⁸⁵³. So kann beispielsweise eine ständige Übung zwischen den am konkreten Vertragsschluss beteiligten Parteien zur Annahme einer impliziten Rechtswahl führen⁸⁵⁴. Sinn der Festlegung auf „offensichtlich“ war es, ein realistisch erfüllbares Kriterium zu schaffen und gleichzeitig zu verhindern, dass die Rechtswahl in Wirklichkeit durch den Richter und nicht durch die Parteien vorgenommen wird⁸⁵⁵.

Trotz der hohen Anforderungen des Offensichtlichkeitsanfordernisses ist die aktuelle Fassung der Konvention von Mexiko eine Abschwächung gegenüber dem ursprünglich vorgesehenen Erfordernis, dass die Rechtswahl eindeutig offensichtlich („unequivocally evident“) sein muss⁸⁵⁶. Diese Abschwächung kann als ein Zugeständnis an die Funktionsfähigkeit der Alternativmöglichkeit der konkludenten Rechtswahl gewertet werden: Im Falle einer fehlenden ausdrücklichen Rechtswahl wird diese kaum jemals eindeutig offensichtlich sein, das Offensichtlichkeitsanfordernis allein ist leichter zu erfüllen, und eine Aushöhlung der Möglichkeit der impliziten Rechtswahl wird vermieden.

2. *Bedeutung einer Gerichtsstandsklausel, Art. 7 Abs. 2*

Eine im Rahmen der impliziten Rechtswahl bedeutsame Bestimmung enthält Art. 7 Abs. 2 Konvention von Mexiko. Danach bedeutet die Wahl eines bestimmten Gerichtsstandes durch die Parteien nicht notwendigerweise auch die Wahl des anwendbaren Rechts. Es ist umstritten, ob es sich bei dieser Feststellung um eine Zurückweisung der klassischen englischen Vermutung des *qui elegit iudicem elegit ius* oder aber gerade um ihre Bestätigung handelt.

⁸⁵² *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 388.

⁸⁵³ Vgl. *Baumann*, Das Recht Deutschlands und der Schweiz im Dialog 5 (1996), 2, 11.

⁸⁵⁴ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 381.

⁸⁵⁵ *Herbert*, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 45, 53.

⁸⁵⁶ So noch Art. 6 S.1, 2. HS der Draft Convention des Interamerikanischen Juristischen Komitees; siehe auch *Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 40 f.* – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II.

Einige Autoren sehen die Vermutung des *qui elegit iudicem elegit ius* als von Art. 7 Abs. 2 gerade zurückgewiesen an⁸⁵⁷. Art. 7 Abs. 2 stelle klar, dass die Wahl eines Gerichtsstands nur ein Faktor sei, der bei der Beantwortung der Frage zu berücksichtigen ist, ob eine schlüssige Rechtswahl erfolgt ist⁸⁵⁸. Es bedürfe auch im Falle einer Gerichtsstandsklausel der Abwägung aller Umstände, um festzustellen, ob die Parteien mit der Wahl eines Forums auch das Recht des Forums wählen wollten⁸⁵⁹. Wegen Art. 7 Abs. 2 habe eine Gerichtsstandsklausel primär prozessuale Wirkungen und wirke sich nicht notwendig auf das anwendbare Recht aus⁸⁶⁰. Die Wahl eines Forums hat also auch nach den Vertretern dieser Ansicht zwar eine gewisse Bedeutung für das anwendbare Recht, sie hat jedoch nicht die herausragende Bedeutung für die Annahme einer impliziten Rechtswahl, die sie im Rahmen der Vermutung des *qui elegit* hätte. Es besteht zwar die Möglichkeit des Gleichlaufs von Zuständigkeit und anwendbarem Recht, dieser Gleichlauf ist jedoch nicht zwingend⁸⁶¹.

Im Gegensatz dazu wird im Anschluss an *Juenger* vertreten, dass es sich bei Art. 7 Abs. 2 gerade um die – wenngleich negativ formulierte – Übernahme dieser Vermutung handele⁸⁶². Dies führe dazu, dass das gewählte Forum sein eigenes Recht anwenden könne und dadurch die mit einer Ermittlung fremden Rechts verbundenen Kosten und resultierenden Zeitverzögerungen vermeidbar würden⁸⁶³. Im Grunde handelt es sich hierbei um eine Argumentation mit den Zwecken der Konvention. Ferner kann *Juenger* sich auch auf die Entstehungsgeschichte⁸⁶⁴ der Konvention berufen. Noch der Tuscon-Entwurf sprach einer Gerichtsstandsklausel jegliche Bedeutung für eine implizite Rechtswahl ab (Art. 8 Abs. 2, „La selección de un determinado foro par las partes no entra la elección del Derecho Aplicable“) ⁸⁶⁵. Nach dem Widerspruch einzelner Delegierter, insbesondere der argentinischen und US-amerikanischen, wurde die aktuelle Fassung als Kompromiss eingefügt⁸⁶⁶, eben um den als wünschenswert erachteten Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Recht zu ermöglichen. Auch wurde die ursprüngliche Fassung als Widerspruch zum ersten Absatz angesehen: Wie können alle Umstände beachtet werden, wenn gerade einer Gerichtsstandsklausel keine Bedeutung beigemessen werden darf? Überdies hat eine Gerichts-

⁸⁵⁷ So etwa: *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 381; *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 388; *Herbert*, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 45, 55 (1994); *Opertti Badán*, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 13, 31; *Sosa* S. 113; *Lamm* S. 269.

⁸⁵⁸ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 381.

⁸⁵⁹ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 388.

⁸⁶⁰ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 388.

⁸⁶¹ Vgl. *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 388.

⁸⁶² *Juenger*, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 388; ihm folgend: *Parra-Aranguren* in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, S. 299, 307; *Fletcher*, Ga.J.Int'l & Comp.L.26 (1999), 477, 503; ebenso: *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 79, der darlegt, dass die Vermutung des *qui elegit iudicem elegit ius* widerlegbar ist; *Fresnedo de Aguirre*, *An.Der.Com.* 7 (1996), 191, 200 sieht beide Sichtweisen als möglich an, jedenfalls sei ein Abweichen von der Vermutung möglich; *Arcgani*, *Rev.Jur.Arg. La Ley* 1996 A S. 1434, 1441 nach dem „la inclusión de un cláusula de selección de foro puede ser una manera indirecta de elegit el derecho aplicable.“

⁸⁶³ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 388.

⁸⁶⁴ Vgl. insbesondere die Diskussionen in der Kommission: *Actas y Documentos de la Comisión I Y II* S. 42 ff. – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II.

⁸⁶⁵ *Proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* (Preparado por la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional celebrada en Tuscon, Arizona, del 11 al 14 de noviembre de 1993) – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/15/93.

standsklausel in vielen Staaten einen großen Einfluss auf die Annahme einer (impliziten) Rechtswahl⁸⁶⁷. Da ein Gleichlauf von Gerichtszuständigkeit und anwendbarem Recht aber nicht in jedem Fall erzwungen werden sollte, ist Art. 7 Abs. 2 vielmehr als eine widerlegbare Vermutung zu verstehen. Es wird im Falle einer Gerichtsstandsklausel vermutet, dass die Parteien auch eine implizite Wahl der zu diesem Forum gehörigen Rechtsordnung getroffen haben; diese Vermutung kann aber widerlegt werden.

Der praktische Unterschied zwischen beiden Ansätzen wird gering bleiben, da immer eine Gesamtschau der Umstände vorzunehmen ist. Nur in Zweifelsfällen ist mit der Ansicht *Juengers* der Gleichlauf zwischen Gerichtsstand und anwendbarem Recht zu bevorzugen. Ferner ist nochmals klarzustellen, dass Art. 7 Abs. 2 nur dann heranzuziehen ist, wenn keine ausdrückliche Rechtswahl vorgenommen wurde.

Ein weiteres Problem, das bei den Beratungen zu Art. 7 Abs. 2 zutage trat, war dessen Verhältnis zu Art. 5 lit. e) Konvention von Mexiko, welcher Gerichtsstandsvereinbarungen explizit aus dem Anwendungsbereich der Konvention ausnimmt⁸⁶⁸. Der Forderung einiger Delegierter, Art. 7 Abs. 2 wegen dieser scheinbaren Inkonsequenz zu streichen, wurde aber zu Recht nicht nachgegeben, weil in Art. 7 Abs. 2 und Art. 5 lit. e) zwei völlig verschiedene Aspekte einer Gerichtsstandsklausel behandelt werden: Während Art. 5 lit. e) die kollisionsrechtliche Bewertung einer Gerichtsstandsklausel vom Anwendungsbereich der Konvention ausschließt, weil alle Fragen des internationalen Zivilprozessrechts ausgeklammert werden sollten⁸⁶⁹, räumt Art. 7 Abs. 2 einer existierenden Klausel (die unabhängig von der Konvention von Mexiko zu beurteilen ist) Indizwirkung hinsichtlich einer impliziten Rechtswahl ein. Eine Inkonsequenz zwischen Art. 5 lit. e) und Art. 7 Abs. 2 besteht nicht.

§ 4 **Vertragliche Dépeçage**

Bei der vertraglichen Dépeçage, einer Ausprägung der Parteiautonomie⁸⁷⁰, handelt es sich um die Unterstellung verschiedener Vertragsteile unter unterschiedliche Rechtsordnungen. Die Gewährung dieser Möglichkeit ist sinnvoll, da beide Übereinkommen inhaltlich nicht auf bestimmte Vertragstypen beschränkt sind. In einem internationalen Vertrag, der als ganzes einem der Übereinkommen unterliegt, können die verschiedensten Materien geregelt werden (beispielsweise zum einen eine Lizenzierung, zum anderen die Finanzierung), die eine Unterstellung unter verschiedene Rechtsordnungen sinnvoll erscheinen lassen⁸⁷¹.

⁸⁶⁶ Vgl. Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 42 ff. – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II.

⁸⁶⁷ Vgl. den Hinweis des argentinischen Delegierten: „[L]a selección de un determinado foro por las partes está evidenciado una preferencia especial hacia un derecho aplicable.“ in Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 43 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II.

⁸⁶⁸ Vgl. *Parra-Aranguren* in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, S. 299, 307.

⁸⁶⁹ Vgl. oben S. 22 ff.

⁸⁷⁰ *Boggiano*, *Uniform L.Rev.* 1 (1996), 219, 220; *Fletcher*, *Ga.J.Int'l & Comp.L.* 26 (1999), 477, 501.

⁸⁷¹ Zur Konvention von Mexiko: *Pereznieto Castro*, *Riv.Dir.Int.Priv.Proc.* 30 (1994), 765, 772.

Art. 3 Abs. 1 S. 3 EVÜ stellt den Parteien frei, die Rechtswahl für den ganzen Vertrag oder nur für einen Teil desselben zu treffen⁸⁷². Diese Teilrechtswahl kann – wie jede Rechtswahl – sowohl ausdrücklich als auch konkludent erfolgen⁸⁷³. Als über den Wortlaut hinausgehende, logisch aber erforderliche Beschränkung dieser Möglichkeit der Vertragsspaltung ergibt sich, dass sie nur zulässig ist, wenn sie in sich sachgerecht ist, was bedeutet, dass sie sich auf Vertragsteile bezieht, die verschiedenen Rechtsordnungen unterworfen werden können, ohne dass dies zu widersprüchlichen Ergebnissen führt⁸⁷⁴. Die Vertragsteile müssen „absplittbar“ sein⁸⁷⁵. Führt die Vertragsspaltung jedoch zu widersprüchlichen Ergebnissen, ist der Vertrag objektiv anzuknüpfen⁸⁷⁶. Wenn nur für einen Teil des Vertrages überhaupt eine Rechtswahl getroffen wurde, ist das auf den Rest des Vertrages anwendbare Recht durch dessen objektive Anknüpfung zu ermitteln und nicht etwa die Teilrechtswahl auf den gesamten Vertrag zu erstrecken⁸⁷⁷. Möglich ist aber auch eine mehrfache Teilrechtswahl⁸⁷⁸.

Auch die Konvention von Mexiko räumt den Parteien in Art. 7 Abs. 1 S. 3 die Möglichkeit der Teilrechtswahl ein⁸⁷⁹. Die Stellung im letzten Satz des Art. 7 macht deutlich, dass die Möglichkeit der *Dépeçage* sowohl im Fall der ausdrücklichen wie auch der impliziten Rechtswahl gegeben ist. Aus den allgemeinen internationalprivatrechtlichen Lehren ergibt sich, dass eine Vertragsspaltung auch bei der Konvention von Mexiko nur zulässig ist, wenn der Vertrag aus inhaltlich abtrennbaren Vertragsteilen besteht⁸⁸⁰. Sie darf nicht zu widersprüchlichen Ergebnissen führen, muss also in sich konsistent sein⁸⁸¹. Hinzuweisen ist darauf, dass eine Teilrechtswahl auch hier nicht auf den gesamten Vertrag erstreckt werden kann, dies würde der Intention einer nur teilweisen Rechtswahl zuwiderlaufen⁸⁸². Wird demnach nur für einen Teil des Vertrags eine Rechtsordnung gewählt, ist das auf den restlichen Vertrag anwendbare Recht objektiv anzuknüpfen. Insofern gilt nichts anders als beim EVÜ. Im übrigen gilt für eine Teilrechtswahl im Rahmen beider Konventionen das im allgemeinen zur Rechtswahl festgestellte.

⁸⁷² Sehr kritisch gegenüber der Teilrechtswahl im Arbeitsrecht *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 328.

⁸⁷³ Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 32.

⁸⁷⁴ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 49.

⁸⁷⁵ *Kropholler*, IPR, §52 II 3. Zur Vermeidung spannungsträchtiger Rechtszersplitterung will er im Zweifel nur eine Rechtswahl verbunden mit einer materiellrechtlichen Verweisung annehmen.

⁸⁷⁶ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 49.

⁸⁷⁷ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 49.

⁸⁷⁸ Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 32.

⁸⁷⁹ Vgl. *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 100 ff. zu den bislang gegen eine Zulässigkeit der *Dépeçage* vorgebrachten Argumenten.

⁸⁸⁰ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 381; *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 107 f.; zur Frage welches Recht entscheiden soll, ob ein Vertragsteil abtrennbar ist: *Fletcher*, *Ga.J.Int'l & Comp.L.* 26 (1999), 477, 506.

⁸⁸¹ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 381; *von Hoffmann* §10 Rn. 38.

⁸⁸² *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 381.

§ 5 **Zeitpunkt der Rechtswahl**

I. **Jederzeitige Wahlmöglichkeit**

Die Parteien mögen mannigfaltige Gründe haben, eine einmal erfolgte Rechtswahl zu ändern oder zeitlich nach Abschluss des Hauptvertrages erstmals eine Rechtswahl zu treffen. Eine solche nachträgliche Rechtswahl bietet im Hinblick auf einen anstehenden Prozess den entscheidenden Vorteil, das anwendbare Recht eindeutig festlegen zu können⁸⁸³. Art. 3 Abs. 2 EVÜ lässt den Parteien größtmögliche Freiheit hinsichtlich des Zeitpunkts der Rechtswahl: Diese kann „jederzeit“ erfolgen. Es ist möglich, zunächst keine Rechtswahl zu treffen, und dann das durch objektive Anknüpfung ermittelte Recht durch eine gewählte Rechtsordnung zu ersetzen oder ein zunächst gewähltes Recht durch eine neue Rechtsordnung zu ersetzen⁸⁸⁴. Das alles kann sich auf den ganzen Vertrag oder – im Rahmen der Abspaltbarkeit – nur auf einen Teil des Vertrages beziehen. Diese Möglichkeit einer jederzeitigen Rechtswahl bedeutet nicht, dass der Vertrag vorher keiner Rechtsordnung unterlag (Problem des „floating proper law“), vielmehr wird vorher objektiv oder nach einer zunächst erfolgten Rechtswahl angeknüpft⁸⁸⁵. Der Vertrag unterliegt jederzeit einer Rechtsordnung⁸⁸⁶.

Floating-choice-of-law-clauses, bei denen bei Vertragsschluss die Rechtswahl einem späteren Ereignis vorbehalten bleibt⁸⁸⁷, also bedingt ist⁸⁸⁸, führen also nicht dazu, dass der Vertrag erst keiner Rechtsordnung unterliegt, sondern haben zur Folge, dass der Vertrag zunächst objektiv angeknüpft wird, und das (zunächst objektiv ermittelte) Vertragsstatut bei Eintritt des späteren Ereignisses geändert wird⁸⁸⁹, wobei die Wirksamkeit dieser Änderung beschränkt ist⁸⁹⁰. Bei Bedingungseintritt wird also das anwendbare Recht nachträglich⁸⁹¹ geändert.

Die Art und Weise der nachträglichen Rechtswahl entspricht derjenigen einer ursprünglichen Rechtswahl⁸⁹². Auch sie kann entweder explizit oder konkludent erfolgen, wenn sie sich mit hinreichender Sicherheit ermitteln lässt. Von großer praktischer Bedeutung ist hier die konkludente Rechtswahl im Prozess. Wieder ist der allgemeine Grundsatz zu beach-

⁸⁸³ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 388.

⁸⁸⁴ Letzteres, was als logische Konsequenz der Rechtswahlmöglichkeit angesehen wird (*Audit* S. 635) war vorher nicht in jedem Vertragsstaat des EVÜ möglich, für England etwa *Cheshire/North* S. 555.

⁸⁸⁵ *North*, Pr.Int'l.L., S. 107; *Audit* S. 634; ; *Beck* L.M.C.L.Q. 1987, 523, 523 stellt fest, dass im englischen Recht „a “lawless“ contract is anathema“.

⁸⁸⁶ *Foyer*, J.Dr.Int'l 118 (1991) 601, 607.

⁸⁸⁷ *Briggs*, L.M.C.L.Q. 1986, 508, 508 nennt als Beispiel die Klausel:“The contract of carriage, the bill of lading and all disputes arising hereunder or in connexion therewith . . . shall . . . in the option of the carrier to be declared by him at the merchant’s request be governed (i) either by Iranian law . . . ; (ii) or by German law . . . ; (iii) or by English law.“.

⁸⁸⁸ *Kropholler*, IPR, § 52 II 3.

⁸⁸⁹ *Cheshire/North*, S. 560; *Kropholler*, IPR, § 52 II 3; zweifelnd dagegen *Howard*, L.M.C.L.Q. 1995, 1, 7.

⁸⁹⁰ Dazu sogleich.

⁸⁹¹ Zur Frage, ob diese Änderung *ex tunc* oder *ex nunc* wirkt vgl. sogleich.

⁸⁹² *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 50.

ten, dass tatsächlich ein realer Parteiwille existieren muss, der „mit hinreichender Sicherheit“ festgestellt werden kann⁸⁹³.

Auch der fast wörtlich Art. 7 Abs. 2 Haager Kaufrechtsübereinkommen⁸⁹⁴ folgende Art. 8 Konvention von Mexiko gestattet es, einen Vertrag ganz oder teilweise⁸⁹⁵ nachträglich einem anderem als dem ursprünglich auf diesen anwendbaren Recht zu unterwerfen⁸⁹⁶. Wie beim EVÜ gilt dies auch hier unabhängig davon, ob ursprünglich eine Rechtswahl vorlag oder ob das auf den Vertrag anwendbare Recht entsprechend den Artt. 9 ff. der Konvention objektiv ermittelt wurde. Die Formulierung des Art. 8 S. 1 verdeutlicht, dass auch die Konvention von Mexiko das Konzept des „floating proper law“ ablehnt, auch bei ihr ist demnach die Wirkung von floating-choice-of-law-clauses nur diejenige, dass bei Eintritt der in diesen festgelegten Bedingung eine nachträgliche Rechtswahl (oder Änderung der Wahl) stattfindet.

Durch eine nachträgliche Rechtswahl können die Unsicherheiten beseitigt werden, die sich durch den großen Ermessensspielraum bei der richterlichen Rechtswahl ergeben⁸⁹⁷. Die nachträgliche Rechtswahl oder die Änderung der bislang getroffenen Rechtswahl muss wieder im durch Art. 7 Konvention von Mexiko vorgeschriebenen Rahmen erfolgen; sie muss also entweder ausdrücklich vorgenommen werden oder sich offensichtlich aus dem Parteiverhalten und den Vertragsklauseln, als Ganzes betrachtet, ergeben⁸⁹⁸.

II. *Eingeschränkte Wirkung nachträglicher Rechtswahl*

Beide Übereinkommen schränken die Auswirkungen einer nachträglichen Rechtswahl und damit auch die einer floating-choice-of-law-clause ein. Zum einen berührt sowohl nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 EVÜ als auch nach Art. 8 S. 2 Konvention von Mexiko eine nachträgliche Rechtswahl die einmal erlangte Formgültigkeit eines Vertrages nicht. Zum anderen können Rechte Dritter durch sie nicht beeinträchtigt werden. Bei der Beibehaltung einer einmal erlangten Formwirksamkeit auch nach einem gewillkürten Wechsel des Vertragsstatuts handelt es sich um eine konsequente Fortführung des in Art. 13 Konvention von Mexiko, bzw. Art. 9 EVÜ enthaltenen teleologischen Ansatzes⁸⁹⁹. Ein ursprünglich formnichtiger Vertrag kann durch eine nachträgliche Rechtswahl geheilt werden⁹⁰⁰.

⁸⁹³ Vgl. dazu und zur abweichenden deutschen Rechtspraxis Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 10 und Sandrock, RIW 1986, 841, 847 ff.; allgemein dazu Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 305.

⁸⁹⁴ Art. 7 Abs. 2: „The parties may at any time agree to subject the contract in whole or in part to a law other than that which previously governed it, whether or not the law previously governing the contract was chosen by the parties. Any change by the parties of the applicable law made after the conclusion of the contract does not prejudice its formal validity or the rights of third parties.“

⁸⁹⁵ Im Fall der nachträglichen Dépeçage sind neben den Zulässigkeitsanforderungen des Art. 8 Konvention von Mexiko, die des Art. 7 Konvention von Mexiko zu beachten, vgl. oben (insb.: Abspaltbarkeit).

⁸⁹⁶ Grenzen können demgegenüber durch das anwendbare nationale Prozessrecht gesetzt werden.

⁸⁹⁷ Dazu vgl. S. 57 ff.

⁸⁹⁸ Vgl. Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 96.

⁸⁹⁹ Zu Formfragen siehe S. 173 ff.

⁹⁰⁰ Soergel-von Hoffmann Art. 27 EGBGB Rn. 76.

Daneben schützen beide Übereinkommen auch Dritte vor dem Entzug von Rechten durch einen nachträglichen gewillkürten Wechsel des Vertragsstatuts. Geschützte Dritte in diesem Sinne sind nur diejenigen, die ohne selbst Vertragspartei zu sein, unmittelbar und direkt von der Vertragsbeziehung betroffen sind⁹⁰¹ oder denen aus dem Vertrag selbst Rechte erwachsen. Andere Personen sind demgegenüber nicht schutzbedürftig. Wer genau die Dritten sind, richtet sich nach der ursprünglichen *lex causae* (sei diese gewählt oder durch objektive Anknüpfung festgestellt worden): Es sind alle, die nach dieser eigene Rechte hatten, die aus der Vertragsbeziehung zwischen anderen Parteien erwachsen sind. Diese Personen können von einem Wechsel der *lex causae* ohne ihre Mitwirkung nicht negativ betroffen werden. So wird verhindert, dass die Parteien durch eine Änderung des anwendbaren Rechts Dritten Rechte entziehen können, die diesen nach dem ursprünglichen Vertragsstatut zustanden.

Damit soll aber nur eine Verschlechterung der Rechtsposition Dritter ausgeschlossen werden, eine Begünstigung dieser durch eine nachträgliche Rechtswahl bleibt möglich⁹⁰². Benachteiligt die nachträgliche Rechtswahl die Position des Dritten, so wirkt das neue Vertragsstatut nur zwischen den Parteien des Hauptvertrages, im Verhältnis zum Dritten bleibt es bei der Geltung des früheren Vertragsstatuts⁹⁰³.

Die Nennung dieser Beschränkungen zeigt, dass eine nachträgliche Rechtswahl außerhalb dieser Ausnahmen grundsätzlich *ex tunc* wirkt⁹⁰⁴. Möglich ist aber auch eine Änderung der *lex causae* mit Wirkung *ex nunc*⁹⁰⁵. Es gelten dann – ähnlich dem Fall der *Dépeçage* – zwei Rechtsordnungen, aber eben nicht parallel, sondern zeitlich versetzt. Besondere Probleme ergeben sich, wenn die eine Rechtsordnung den Vertrag für unwirksam hält, während die andere ihn für wirksam erklärt⁹⁰⁶.

Im Ergebnis verfolgen beide Übereinkommen folglich identische Lösungen, die eine überzeugende Balance zwischen der Freiheit der Parteien, teleologischen Erwägungen des *favor negotii* und dem Schutz Dritter finden.

⁹⁰¹ Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 98.

⁹⁰² Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 42; Kropholler, IPR, §52 II 4.

⁹⁰³ Kropholler, IPR, §52 III 4.

⁹⁰⁴ Zum EVÜ: Von Hoffmann §10 Rn. 40; vgl. Kropholler, IPR, §52 III 4, nach dem der Parteiwille darüber entscheidet, ob die Rechtswahl *ex tunc* oder *ex nunc* wirkt; ebs. von Bar II Rn. 480; Palandt-Heldrich Art. 27 EGBGB Rn. 10 (im Zweifel *ex tunc* Wirkung); für eine *ex nunc* Wirkung in Zweifelsfällen dagegen OLG Frankfurt am Main, IPRax 1992, 314, 317; W. Lorenz, IPRax 1987, 269, 273; zur Konvention von Mexiko vgl. Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 97 f.

⁹⁰⁵ Zur Konvention von Mexiko: Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 99.

⁹⁰⁶ Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 99 schlägt folgende Lösung vor: Wenn das alte Recht den Vertrag für unwirksam, das neue aber für wirksam hält, dann soll dem Vertrag erst ab der Rechtswahl Wirksamkeit zukommen. Im anderen Fall (Vertrag erst wirksam, dann unwirksam) sollen die gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien als erloschen angesehen werden, der Vertrag aber für bereits erbrachte Leistungen weiter den Rechtsgrund darstellen.

§ 6 Umfang der Parteiautonomie

Ist eine Rechtswahl durch die Parteien getroffen, so stellt sich die Frage nach dem Umfang der Parteiautonomie, also ob das gewählte Recht von der Parteiautonomie umfasst ist. Die beiden typischen Problemfelder in diesem Kontext sind die Möglichkeit der Wahl einer Rechtsordnung, die keine Verbindung zu dem Vertrag oder den Parteien aufweist (sog. neutrale Rechtsordnung) sowie die Möglichkeit der Wahl nichtstaatlichen Rechts, wie der *lex mercatoria* oder der UNIDROIT-Prinzipien.

I. Allgemein zum Umfang der Parteiautonomie, insbesondere Möglichkeit der Wahl einer neutralen Rechtsordnung

Das EVÜ gestattet ohne weiteres die Wahl einer neutralen Rechtsordnung⁹⁰⁷. Auch eine negative Rechtswahl ist mit der Folge zulässig, dass die Rechtsordnung mit der nächst engen Verbindung zur Anwendung kommt⁹⁰⁸. Wird der Umfang der Parteiautonomie allerdings auf die Wahl staatlichen Rechts beschränkt⁹⁰⁹ so führt dies dazu, dass staatliches Recht bei einer negativen Rechtswahl nicht schlechterdings ausgeschlossen werden kann⁹¹⁰.

Die Frage nach der Möglichkeit der Wahl einer neutralen Rechtsordnung beantwortet die Konvention von Mexiko in Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 ebenso positiv: Es besteht kein Erfordernis einer Verbindung des gewählten Rechts zu dem Vertrag oder den Parteien⁹¹¹. Damit ist auch klargestellt, dass das Recht von Nichtvertragsstaaten gewählt werden kann⁹¹². Die Möglichkeit der Wahl einer neutralen Rechtsordnung ist bemerkenswert, da selbst in den Vereinigten Staaten, dem OAS-Mitglied, das den Parteien generell die größten Freiheiten zugesteht, die Wahl einer neutralen Rechtsordnung nicht ohne weiteres zulässig ist. So bestimmt etwa § 187 (2) des Restatement (Second) of Conflict of Laws, dass für alle über die Vertragsauslegung hinausgehenden Fragen das gewählte Recht eine bedeutende Verbindung („substantial relationship“) zu den Parteien oder der Transaktion besitzen muss, oder sonst eine andere sinnvolle Grundlage („reasonable basis“) für die Wahl vorliegen muss. Zwar könnte die gewünschte Neutralität einer unverbundenen Rechtsordnung im Einzelfall eine „reasonable basis“ sein, aber gerade diese Möglichkeit hat im Fallrecht bislang kaum Zuspruch gefunden⁹¹³. Daher ist die Wahl einer neutralen Rechtsordnung in den Vereinigten Staaten oft nicht möglich⁹¹⁴. Als Gründe für diese Beschränkung werden die

⁹⁰⁷ Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 43; zu den Einschränkungen bei reinen Binnensachverhalten vgl. unten S. 143 ff.

⁹⁰⁸ Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 46.

⁹⁰⁹ Vgl. sogleich S. 129 ff.

⁹¹⁰ Soergel-von Hoffmann Art. 27 EGBGB Rn. 19.

⁹¹¹ Juenger, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 204; Hernández-Bretón, IPRax 1998, 378, 380; Samtleben, IPRax 1998, 385, 388; Operti Badán, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 13, 27; Levya Saavedra, Rev.Jur.Perú 48 (1998), 315, 318.

⁹¹² Lamm S. 267; Zu beachten ist hier freilich, dass die Konvention überhaupt erst anwendbar ist, wenn objektive Verbindungen zu mindestens zwei Vertragsstaaten bestehen (vgl. Art. 1 Konvention von Mexiko und oben S. 32 ff.).

⁹¹³ Scoles/Hay S. 674 und 675 Fn. 3 mit Hinweisen auf das Fallrecht.

⁹¹⁴ Borchers, Vand.J.Transnat'l.L. 28 (1995), 421, 436; Reimann, Va.J.Int'l L. 39 (1999), 571, 578.

Sorge angeführt, dass die Parteien ansonsten ein exotisches Recht wählen könnten und dass die Parteiautonomie auch bei reinen Binnensachverhalten Anwendung fände, was den Parteien ein Ausweichen vor dem Recht der Einzelstaaten ermögliche und deren Recht bedeutungslos werden lassen könne⁹¹⁵. Eine gleichartige Beschränkung der Parteiautonomie findet sich in § 1-105 UCC. Hinsichtlich einer negativen Rechtswahl ist festzustellen, dass der flexible objektive Lokalisierungsmechanismus der Konvention von Mexiko es noch leichter als beim EVÜ gestattet, einen nächst-näheren Staat als den der engsten Verbindung zu bestimmen, so dass auch hier eine negative Rechtswahl zulässig ist.

Fraglich ist demgegenüber, ob auch die Wahl des Kollisionsrechts einer Rechtsordnung statthaft ist. Im deutschen Recht wird dies wegen Art. 4 Abs. 2 EGBGB verneint⁹¹⁶, ein wegen Art. 18 EVÜ, bzw. Art. 36 EGBGB wenig schlagkräftiges Argument. Eine derartige Vorschrift findet sich im Rahmen des EVÜ jedenfalls nicht⁹¹⁷, so dass die Parteien sich in dessen Rahmen auch nur auf die Wahl eines bestimmten Internationalen Privatrechts einigen können⁹¹⁸. Denn es macht keinen Unterschied, ob sie ein drittstaatliches IPR berufen oder die fragliche Klausel direkt in ihren Vertrag aufnehmen⁹¹⁹. Gleiches hat für die Konvention von Mexiko zu gelten. Freilich wird eine solche Wahl in der Praxis selten sein, weil sie die durch eine Rechtswahl bezweckte Rechtssicherheit nur unvollkommen erreicht.

Da die Parteien sich mit einer Rechtswahl auch den nach Vertragsschluss eintretenden Änderungen des gewählten Rechts aussetzen⁹²⁰, ergibt sich als ein weiteres Problemfeld im Bereich des Umfangs der Parteiautonomie die gelegentlich in Verträgen anzutreffenden Versteinerungsklauseln, mit denen die Parteien ihre Rechtswahl auf das zu einem bestimmten Zeitpunkt geltende Recht (in der Regel der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses) beschränken wollen⁹²¹. Spätere Änderungen des gewählten Rechts sollen unbeachtlich sein, selbst dann, wenn die Rechtsänderungen sich Rückwirkung beilegen⁹²². Eine Unterart sind Stabilisierungsklauseln, nach denen lediglich bestimmte spätere Rechtsänderungen den Vertrag nicht betreffen sollen⁹²³. Keines der Übereinkommen nimmt auf solche Versteinerungs- oder Stabilisierungsklauseln Bezug, so dass davon auszugehen ist, dass die derart berufenen Normen, wie im allgemeinen in der internationalprivatrechtlichen Praxis üblich, als Vertragsnorm (also als materiellrechtliche Verweisung und nicht als kollisionsrechtliche Verweisung) anzusehen sind, womit der Inhalt des gewählten Rechts zum gewünschten Zeitpunkt als im Rahmen und in den Grenzen der Privatautonomie (und nicht der Parteiauto-

⁹¹⁵ *Scoles/Hay* S. 670 mit einer diese Argumente zurückweisenden Diskussion.

⁹¹⁶ *Von Bar* II Rn. 424.

⁹¹⁷ Das wegen Art. 36 EGBGB auch bei der Auslegung der dortigen Vorschriften zu beachten ist.

⁹¹⁸ *Kropholler*, IPR, §52 II 3; *Mann*, 197, L.Q.R. (1991), 353, 355; a.A. *North*, Pr.Int'l.L., S. 127 und offenbar *Smith* S. 330.

⁹¹⁹ Dem steht aber nicht entgegen, dass im Zweifel eine Verweisung auf Sachrecht anzunehmen ist, *von Bar* II Rn. 424.

⁹²⁰ *Rigaux*, Cah.Dr.Eur. 1988, 306, 319.

⁹²¹ Vgl. *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 381; *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 95.

⁹²² *Reithmann/Martiny-Martiny* Rn. 66.

⁹²³ *Soergel-von Hoffmann* Art. 27 Rn. 23.

nomie) als gewählt gilt⁹²⁴. Über solche Klauseln entscheidet demnach die *lex causae* und in deren Rahmen eventuell vorhandenes intertemporales Privatrecht⁹²⁵. Es handelt sich nicht um einen Fall von Art. 7 Konvention von Mexiko oder Art. 3 EVÜ⁹²⁶.

II. Beschränkung der Wahl auf staatliches Recht?

Weit weniger geklärt ist dagegen, ob auch anationales Recht, etwa die *lex mercatoria* oder die UNIDROIT-Prinzipien, zum Vertragsstatut gewählt werden kann. Aufgrund der Neuartigkeit der UNIDROIT-Prinzipien, sie stammen von 1994, hat sich die Diskussion über die Wahl nichtstaatlichen Rechts bislang überwiegend auf die Möglichkeit der Wahl der *lex mercatoria* zum Vertragsstatut beschränkt. Nur sie bot als anationales Recht bislang inhaltlich überhaupt die Möglichkeit, ihr Verträge zu unterstellen. Erst seit jüngerer Zeit bieten sich dafür auch die UNIDROIT-Prinzipien an. Sachlich ergeben sich aber hinsichtlich der hier behandelten Frage keine Unterschiede.

1. Vorrang-, Subsidiaritäts- und Gleichstellungstheorie

Zunächst ist festzuhalten, dass drei grundsätzliche Möglichkeiten bestehen, die *lex mercatoria* (entsprechendes gilt – auch im folgenden – für die UNIDROIT-Prinzipien) auf den Vertrag anzuwenden⁹²⁷.

Nach der Vorrangtheorie gilt die *lex mercatoria* per se für internationale Sachverhalte und findet direkte Anwendung, ohne dass ein Kollisionsrecht vorzuschalten wäre⁹²⁸. Diese Theorie, reflektiert im Vorschlag der US Delegation zu Art. 9 Konvention von Mexiko⁹²⁹, konnte sich jedoch bei den Beratungen zur Konvention ebenso wenig wie im EVÜ durchsetzen.

⁹²⁴ Vgl. näher *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 381. m.w.N., Reithmann/Martiny-Martiny Rn. 66; *Rigaux/Fallon* Bd. 2 S. 525; Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 47, der eine Ausnahme für Stabilisierungsklauseln in internationalen Investitionsverträgen zwischen Privaten und einem Staat macht, da der Staat sonst seine Rechtspflichten aus dem Vertrag einseitig ändern könnte; ebs. *Kropholler*, IPR, §52 II 3, der weiter darauf hinweist, dass in anderen Fällen das Prinzip der *bona fides* die Nichtberücksichtigung unvorhergesehener Umgestaltungen der gewählten Rechtsordnung verlangen kann; Art. 8 der Resolution des Baseler Instituts für Internationales Recht vom 31. 8. 1992 sieht dahingehend vor, dass „*si las partes convienen que la ley elegida debe ser entendida como aquella en vigor al momento de la celebración del contrato, sus disposiciones serán aplicadas como cláusulas materiales incorporadas en el contrato; no obstante, si esta ley ha sido modificada o derogada por las reglas que rigen imperativamente los contratos en curso, se aplicarán estas reglas.*“; zitiert nach: *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 95.

⁹²⁵ Soergel–von Hoffmann Art. 27 Rn. 23; *Lagarde*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 303.

⁹²⁶ Zur Konvention von Mexiko: *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 95; zum EVÜ: *Lagarde*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 303; nach ihm handelt es sich bei einer Versteinerungsklausel nicht um eine Rechtswahl im Sinne des Art. 3, so dass zunächst der Vertrag objektiv angeknüpft werden muss, um dann im Rahmen der objektiv festgestellten *lex causae* die Wirkung der Versteinerungsklausel (als materiellrechtliche Verweisung) zu ermitteln. In Fn. 45 erklärt er aber, dass auch das in der Versteinerungsklausel genannte Recht *lex causae* sein könne.

⁹²⁷ Kritisch zu dieser Schematisierung: *Stein*, S. 195 ff.

⁹²⁸ Vgl. Reithmann/Martiny-Martiny Rn. 62; *Maniruzzaman*, Am.U.Int'l L.Rev. 14 (1999), 657, 667 m.w.N.

⁹²⁹ Vgl. S. 76 ff.

Die Subsidiaritätstheorie geht dagegen davon aus, dass die Bestimmungen der *lex mercatoria* nur im Rahmen der dispositiven Normen eines anwendbaren staatlichen Rechts zu Anwendung kommen können. Vertragsstatut ist immer ein staatliches Recht, die Wahl der *lex mercatoria* durch die Parteien hat nur die Bedeutung einer materiellrechtlichen Verweisung⁹³⁰. Dies ist die klassische Möglichkeit der Anwendung anationalen Rechts⁹³¹.

Als Kompromiss zwischen den erstgenannten Auffassungen lässt die Gleichstellungstheorie die Wahl der *lex mercatoria* als Vertragsstatut zu; eine Rechtswahl der Parteien ist nach ihr eine kollisionsrechtliche Verweisung⁹³². Die *lex mercatoria* unterliegt dann nur den Schranken, denen auch fremdes staatliches Recht als Vertragsstatut unterliegt (international zwingende Bestimmungen, *ordre public*, etc.)⁹³³.

2. Die Lösung des EVÜ

Die ganz überwiegende Auffassung lehnt die Gleichstellungstheorie im Rahmen des EVÜ unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte – schon aus den Vorentwürfen zum EVÜ ergebe sich die Ablehnung der Möglichkeit, einen Vertrag anationalem Recht zu unterstellen⁹³⁴ – ab und beschränkt den Umfang der Parteiautonomie auf die Wahl staatlichen Rechts⁹³⁵: Zwar indiziere der Wortlaut des Übereinkommens, welches in Art. 3 Abs. 1 nur den Begriff „Recht“ verwende, während die Artt. 4, 5 und 7 „Recht des Staates“ benutzen, einen Verzicht auf die Notwendigkeit der Wahl eines staatlichen Rechts⁹³⁶, die Gesamtschau des Abkommens, insbesondere der Artt. 2, 3 Abs. 3 und 7 ergebe aber, dass auch in Art. 3 Abs. 1 nur staatliches Recht gemeint sei⁹³⁷. Auch erwähnt das EVÜ anationales Recht an keiner Stelle. Diese Ablehnung der Gleichstellungstheorie entspricht der herkömmlichen Auffassung von internationalem Privatrecht, welcher sich das EVÜ mit seinem klassischen Aufbau anschließt⁹³⁸. Eine Wahl anationalen Rechts ist daher im Rahmen des EVÜ als eine

⁹³⁰ Vgl. Reithmann/Martiny-Martiny Rn. 62.

⁹³¹ Michaels, RabelsZ 62 (1998), 580, 595 weist, bezogen auf die UNIDROIT-Prinzipien, darauf hin, dass es außer Frage stehe, dass die Parteien in diesem Rahmen die Geltung der Prinzipien vereinbaren könnten.

⁹³² Vgl. Reithmann/Martiny-Martiny Rn. 62.

⁹³³ Vgl. Reithmann/Martiny-Martiny Rn. 62.

⁹³⁴ Dazu Kassiss, Rn. 353; ebs. Rigaux, Cah.Dr.Eur. 1988, 306, 318.

⁹³⁵ Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 300 f.; North, Pr.Int'l.L., S. 109 ff., 123; Rigaux, Cah.Dr.Eur. 1988, 306, 316; vgl. auch Rudisch, RabelsZ 63 (1999), 70, 87; Kropholler, IPR, §52 II 3; von Bar II Rn. 425; Cheshire/North S. 559 f.; Boele-Woelki, IPRax 1997, 161, 166; a.A. Wichard, RabelsZ 60 (1996), 267, 275 ff., der im Rahmen der Privatautonomie nicht nur beim Vorhandensein von Schiedsklauseln (wo schon heute weitgehend eine Ablösung von staatlichen Normen gestattet wird; vgl. etwa § 1051 Abs. 3 ZPO) sondern auch andernfalls eine Wahl der UNIDROIT-Prinzipien als Vertragsstatut zulassen will; für die Wahl der *lex mercatoria* als Vertragsstatut Kappus, IPRax 1993, 137, 140. Ausführlich zum Streitstand MünchKomm-Martiny Art. 27 EGBGB Rn. 26 ff.

⁹³⁶ So Kappus, IPRax 1993, 137, 140; dagegen aber schon Kassiss, Rn. 352, nach der „Recht“ (franz. „loi“) immer staatlich sei und ansonsten der Begriff „Rechtsregeln“ (franz. „règles de droit“) Verwendung hätte finden müssen.

⁹³⁷ Michaels, RabelsZ 62 (1998), 580, 597, der alles andere als „Wunschdenken“ bezeichnet; Kassiss, Rn. 352; Boele-Woelki, IPRax 1997, 161, 166, die feststellt, dass eine solche wörtliche Auslegung von Art. 3 Abs. 1 schon in Widerspruch zu dessen Abs. 3 stehe.

⁹³⁸ Kassiss, Rn. 354 spricht – unter Berufung auf Goldman – von einem „total classicisme“.

materiellrechtliche Verweisung anzusehen; die Normen des anationalen Rechts werden nur im Rahmen der Privatautonomie einer staatlichen Rechtsordnung angewendet⁹³⁹.

3. *Anationales Recht als Vertragsstatut bei der Konvention von Mexiko*

Im Rahmen der Konvention von Mexiko stellt sich diese Frage demgegenüber mit größerer Dringlichkeit, da in den Artt. 9 Abs. 2 S. 2, 10 und 15 direkter Bezug auf anationales Recht genommen wird. Fraglich und strittig ist allein, ob die Konvention von Mexiko im Sinne der Gleichstellungstheorie die Wahl nichtstaatlichen Rechts zum Vertragsstatut gestattet, oder ob eine solche Wahl nur als materiellrechtliche Verweisung im Sinne der Subsidiaritätstheorie zu betrachten ist.

Es stellt sich somit die Frage, ob ein Vertrag von staatlichen Rechtsordnungen gelöst werden kann oder nicht. Sie ist dominiert von einem der klassischen Konflikte des Internationalen Privatrechts: Dem zwischen den Rechtspositivisten auf der einen und den Verfechtern der neuen *lex mercatoria* auf der anderen Seite⁹⁴⁰. Das Problem ist, ob der *lex mercatoria* ein juristischer Wert als Rechtsordnung zuerkannt werden kann⁹⁴¹ und ob es *contrats sans loi* geben kann. Weltweit wird diese Möglichkeit überwiegend im Sinne der Rechtspositivisten verneint⁹⁴²: Ein Vertrag müsse seiner Gesamtheit nach notwendigerweise einem staatlichen Rechtssystem unterworfen sein, daher komme die Parteiautonomie auch nur innerhalb des Rechtssystems eines souveränen Staates zur Anwendung. Als Konsequenz daraus wird in der Regel die Möglichkeit einer parteiautonomen Bestimmung der *lex mercatoria* zur *lex causae* verneint und die Wahl anationalen Rechts nur als materiellrechtliche Verweisung angesehen⁹⁴³.

Die Gegenansicht sieht die *lex mercatoria* als ein spontanes Ergebnis der internationalen Praxis, welches neben das Recht der Staaten trete: Es bestünden nebeneinander die „internationale Gemeinschaft der Staaten“ und die „internationale Gemeinschaft der Händler“, die *lex mercatoria* besitze einen juristischen Wert *ex proprio vigore*⁹⁴⁴. Wird dieser Auf-

⁹³⁹ Vgl. etwa *Lagarde*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 301; *Rigaux*, Cah.Dr.Eur. 1988, 306, 319; *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), 580, 597 m.w.N. Dies führt dazu, dass auch die Auslegung aus dem Blickwinkel dieser Rechtsordnung stattfindet, *Wichard*, RabelsZ 60 (1996), 267, 289; *Juenger*, La.L.Rev. 60 (2000), 1133, 1133 ff. folgert aus dieser Beschränkung auf die Wahl staatlichen Rechts, dass das EVÜ „is sadly out of date and in dire need of reform“.

⁹⁴⁰ Vgl. zu diesem Konflikt *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 378 ff. mit weiterführenden Hinweisen; ausführlich *Roth*, Int.Vers.V.R., S. 548.

⁹⁴¹ Vgl. dazu *Maniruzzaman*, Am.U.Int'l L.Rev. 14 (1999), 657, 697 ff., der auf den Hauptstreitpunkt hinweist: Nach der rechtspositivistischen Auffassung, vertreten etwa von *Austin*, seien die drei grundlegenden Voraussetzungen für „Recht“, dass dieses normativ, institutionalisiert und zwingend sei. Gerade die letzten Punkte seien bei der *lex mercatoria* problematisch, würden aber etwa von *Goldman* dahingehend gelöst, dass die *societas mercatorum* als Institution gewertet und hinsichtlich der Zwangs auf staatliche Instanzen zurückgegriffen werde.

⁹⁴² *Roth*, Int.Vers.V.R., S. 549 f.; *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 381 ff.; vgl. auch *Pereznieto Castro* in *Contratación Internacional*, 209, 211; *Loussouarn/Bourel* S. 422.

⁹⁴³ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 381.

⁹⁴⁴ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 378 f.; vgl. *Roth*, Int.Vers.V.R., S. 549 mit weiteren Hinweisen auf den Meinungsstand.

fassung gefolgt, stehen der Erstreckung der Parteiautonomie auch auf die *lex mercatoria* keine konzeptionellen Hindernisse entgegen.

An dieser Stelle ist nicht auf den theoretischen Streit einzugehen⁹⁴⁵, sondern allein zu untersuchen, welche Entscheidung die Konvention von Mexiko getroffen hat. Denn die Verneinung der Wahlmöglichkeit anationalen Rechts ist jedenfalls keine Struktureigenschaft des IPR an sich, sondern beruht auf der Auslegung seiner Normen; dem IPR-Gesetzgeber steht es frei, die Wahl anationalen Rechts als Vertragsstatut zuzulassen oder abzulehnen⁹⁴⁶. Dies gilt auch dann, wenn die Rechtsqualität der *lex mercatoria* oder der UNIDROIT-Prinzipien verneint wird, denn die abstrakte Frage nach der Rechtsqualität anationalen Rechts ist für dessen Wählbarkeit belanglos; entscheidend ist nur, ob die konkrete Kollisionsnorm dessen Wahl zulässt⁹⁴⁷.

Eine direkte, unmissverständliche Äußerung darüber, ob die Wahl nichtstaatlichen Rechts zugelassen ist, findet sich in der Konvention nicht. Immerhin ist zu konstatieren, dass die Konvention von Mexiko die *lex mercatoria* zur Problemlösung explizit heranzieht (Artt. 9 Abs. 2 S. 2, 10, 15), sie erkennt ihr mithin durchaus einen juristischen Wert zu. Art. 7 Konvention von Mexiko selbst lässt indes keine Tendenz in die eine oder andere Richtung erkennen, weder sanktioniert er die Wahl anationalen Rechts, noch schließt er sie aus; der Wortlaut ist insoweit offen⁹⁴⁸. Der englische, wie auch der spanische Wortlaut sprechen von „law“, beziehungsweise „derecho“⁹⁴⁹, ein Begriff der dem deutschen „Recht“ entspricht und aus dem sich nicht unmittelbar ableiten lässt, ob es sich um staatliches oder auch nichtstaatliches Recht handelt. Nach herkömmlichem – rechtspositivistischen – Verständnis leitet sich „Recht“ aber von einer staatlichen Autorität ab⁹⁵⁰, so dass die Wortwahl des Art. 7 ein, wenn auch schwaches, Indiz für eine Beschränkung der Parteiautonomie auf staatliches Recht darstellt.

a) *Die Argumente aus Artt. 17 und 2 Konvention von Mexiko*

Ein Argument gegen die Erstreckung der Parteiautonomie auf die Wahl anationalen Rechts wird aus Art. 17 Konvention von Mexiko gewonnen, der bestimmt, dass für die Zwecke der Konvention „Recht“ das aktuelle Recht eines Staates mit Ausnahme der Kollisionsnormen bedeutet⁹⁵¹. Bei bloßer Betrachtung des ersten Halbsatzes ist dies ein überzeugendes Ar-

⁹⁴⁵ Hinweise auf dessen praktische Relevanz liefert *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 381.

⁹⁴⁶ *Michaels*, RabelsZ 62 (1998) 580, 597.

⁹⁴⁷ *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), 580, 597.

⁹⁴⁸ A.A. ohne Begründung *Fresnedo de Aguirre*, An.Der.Com. 7 (1996), 191, 199; *Fresnedo de Aguirre*, Rev.Transp.Seguros 8 (1995), 157, 163.

⁹⁴⁹ Ursprünglich war gar der Begriff „ley“ (deutsch: Gesetz) vorgesehen, ein Begriff der noch stärker als „derecho“ auf staatlich gesetztes Recht hinweist; vgl. *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 86.

⁹⁵⁰ Vgl. etwa Black's Law Dictionary Abridged S. 612; Creifelds S.924 und unter Bezugnahme auf die französische Fassung („loi“) *Fernández Arroyo*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 84 (1995), 178, 182.

⁹⁵¹ *Herbert*, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 45, 53 f.; *Fernández Arroyo*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 84 (1995), 178, 182 f. m.w.N.

gument. Der zweite Halbsatz macht aber deutlich, dass Zweck der Vorschrift der Ausschluss der Gesamtverweisung⁹⁵² ist⁹⁵³, nicht eine Legaldefinition von „Recht“, die dazu führen würde, dass die Parteien nur staatliches Recht wählen können. Auch die systematische Stellung im vierten Kapitel, welches unter der Überschrift „Umfang des anwendbaren Rechts“ („Scope of the applicable law“) steht, zeigt, dass es nicht um eine Legaldefinition von Recht geht, sondern um die Frage wie weiter zu verfahren ist, wenn das anwendbare Recht ermittelt ist. Art. 17 behandelt daher ein Problem, das erst auftreten kann, wenn das anwendbare Recht anderweitig ermittelt ist. Eine Heranziehung von Art. 17 zur Klärung einer vorgelagerten Frage wäre ein Verstoß gegen die Systematik der Konvention von Mexiko.

Ferner wird Art. 2 der Konvention gegen die Möglichkeit ins Spiel gebracht, nichtstaatliches Recht als Vertragsstatut zu wählen⁹⁵⁴. Art. 2 bestimmt, dass das von der Konvention berufene Recht auch dann Anwendung findet, wenn dieses nicht das Recht eines Vertragsstaates ist. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass die Konvention ohne weiteres davon ausgeht, dass es sich bei dem anwendbaren Recht um ein staatliches Recht handelt; ein Argument, das man durch Art. 17 verstärkt sehen könnte. Wie schon in Falle des Art. 17 verfolgt aber auch Art. 2 nicht das Ziel, die Möglichkeit der Wahl anationalen Rechts als Vertragsstatut auszuschließen, sondern sein Ziel ist es, den universellen Charakter der Konvention von Mexiko zu bestätigen⁹⁵⁵.

Regelungszweck sowohl von Art. 17 als auch von Art. 2 ist folglich nicht die Verweigerung der Möglichkeit der Wahl anationalen Rechts, sondern es sind davon gänzlich verschiedene Aspekte geregelt. Die Gewinnung von Gegenargumenten aus der zugegebenermaßen offenen Sprache ist aufgrund der unterschiedlichen Regelungsbereiche nicht ohne weiteres möglich. Dennoch scheint die Sprachwahl der Konvention von Mexiko in diesen Artikeln wie selbstverständlich davon auszugehen, dass nur staatliches Recht Vertragsstatut sein kann. Es muss vermieden werden, eine Auslegung zu erreichen, die sich zwar noch im Rahmen des auslegungstechnisch Möglichen bewegt, aber der Gesamtkonzeption des Dokuments widerspricht.

b) *Das Argument aus Art. 11 Konvention von Mexiko*

Ferner wird auf Art. 11 verwiesen, den nach *Boggiano*⁹⁵⁶ „absoluten und unwiderlegbaren“ Beweis, dass es den Parteien nicht gestattet sei, die *lex mercatoria* als Vertragsstatut zu wählen. Art. 11 bestimmt, dass die zwingenden Bestimmungen des Forums immer anzuwenden sind, und dass zwingende Bestimmungen eines anderen Staates, mit dem enge

⁹⁵² Näher dazu S. 195 ff.

⁹⁵³ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195 Fn. 49; *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 328.

⁹⁵⁴ Vgl. *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 382.

⁹⁵⁵ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 382.

⁹⁵⁶ *Boggiano*, Uniform L.Rev. 1 (1996), 219, 226.

Verbindungen bestehen, angewendet werden können⁹⁵⁷. Auch dieses Argument steht im Widerspruch zur Systematik der Konvention: Art. 11 bestimmt gerade, dass die dort genannten zwingenden Bestimmungen unabhängig vom Vertragsstatut zur Geltung kommen. Aus Art. 11 lässt sich einzig entnehmen, dass, falls die *lex mercatoria* (oder die UNIDROIT-Prinzipien) Vertragsstatut sein sollte, die genannten zwingenden Bestimmungen anzuwenden sind. In diesem Fall würde die *lex mercatoria* nicht anders behandelt als jedes andere (staatliche) Vertragsstatut auch. Wie in Art. 11 ein „absoluter und unwiderlegbarer“ Beweis gegen die Wahl anationalen Rechts gesehen werden kann, ist aus dessen Wortlaut, Sinn und Systematik nicht zu erklären. Vielmehr ist Art. 11 gerade eine Bestimmung, die ermöglichen würde, anationales Recht als Vertragsstatut anzuwenden, da er dieses mit den zwingenden Bestimmungen nationalen Rechts verknüpft und damit für staatliche Richter praktikabel macht. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass wenn etwa die UNIDROIT-Prinzipien Vertragsstatut sein könnten, deren zwingenden Normen auch für die Vertragsparteien zwingend wären (überlagert wieder durch Art. 11)⁹⁵⁸.

c) *Das Argument der EVÜ-kohärenten Auslegung*

Als Argument gegen die Zulässigkeit der Wahl anationalen Rechts wird auch die Notwendigkeit einer EVÜ-kohärenten Auslegung vorgebracht⁹⁵⁹. Während die weit überwiegende Auffassung zum EVÜ sich einig ist, dass dieses die Wahl anationalen Rechts nicht gestattet⁹⁶⁰, ist es doch fraglich, ob sich daraus ein Argument gegen die Gewährung dieser Möglichkeit durch die Konvention von Mexiko gewinnen lässt. Eine kohärente Auslegung ist zwar als Zielvorgabe durchaus wünschenswert und in Art. 4 Konvention von Mexiko vorgegeben⁹⁶¹, kann aber nicht dazu führen, dass der Inhalt der einen Konvention zu Gunsten der anderen ignoriert wird. So nimmt die Konvention von Mexiko an mehreren Stellen auf nichtstaatliches Recht Bezug, während das EVÜ solches nicht erwähnt. Es ist daher schon zweifelhaft, ob eine kohärente Auslegung beider Übereinkommen in diesem Punkt überhaupt durchführbar ist. Erst wenn festgestellt würde, dass die Konvention von Mexiko die Wahl anationalen Rechts nicht gestattet, könnte die Auslegung des EVÜ hinsichtlich der Rolle anationalen Rechts als Auslegungshinweis für die Konvention von Mexiko herangezogen werden.

d) *Das Argument des inhaltlichen Mangels lex mercatoria*

Als weiteres Argument gegen die Zulässigkeit der Wahl der *lex mercatoria* als Vertragsstatut wird vorgebracht, dass diese inhaltlich zu unpräzise sei⁹⁶². Dieses Argument ist jedenfalls

⁹⁵⁷ Vgl. S. 158 ff.

⁹⁵⁸ Michaels, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 599.

⁹⁵⁹ Boggiano, *Uniform L.Rev.* 1 (1996), 219, 225.

⁹⁶⁰ Vgl. oben S. 130.

⁹⁶¹ Vgl. S. 48 ff.

⁹⁶² Boggiano, *Uniform L.Rev.* 1 (1996), 219, 224.

dann weitgehend entkräftet, wenn nicht auf die *lex mercatoria* als solche, sondern auf die UNIDROIT-Prinzipien Bezug genommen wird. Aber auch anderenfalls ist mit *Siehr* zu fragen, warum die *lex mercatoria* trotz ihrer vermeintlichen Unpräzision so oft gewünscht wird und der Welthandel sich nicht längst von ihr abgewendet hat⁹⁶³? Auch staatliche Rechtsordnungen weisen oft Lücken auf, zu deren Schließung die verschiedensten Instrumente bereitstehen. Diese Lücken sind jedoch im Rahmen anationalen Rechts größer, als in vielen nationalen Rechtsordnungen.

e) *Beachtung der Konventionssystematik*

Als systematisches Argument wird gegen die Möglichkeit der Wahl anationalen Rechts vorgebracht, dass die Konvention nur im Falle einer fehlenden Rechtswahl (in Art. 9 Abs. 2) auf anationales Recht Bezug nehme, nicht aber im Falle der Rechtswahl⁹⁶⁴. Richtig ist dieses Argument hinsichtlich Art. 9 Abs. 2, der tatsächlich nur den Fall der fehlenden Rechtswahl betrifft. Schon aus Art. 10 (auf den auch Art. 15 verweist), der sowohl im Falle einer vorliegenden wie auch einer fehlenden Rechtswahl anwendbar ist⁹⁶⁵, ergibt sich aber, dass nicht-staatliches Recht auch dann Anwendung findet, wenn eine Rechtswahl vorliegt. Jedenfalls findet anationales Recht über Art. 10 aber nur „zusätzlich“, also nur im Rahmen des sonst anwendbaren Rechts, Anwendung; dass diese Normen unabhängig von jedem staatlichen Recht gelten sollen, besagt die Vorschrift nicht⁹⁶⁶. Seiner Funktion nach kann er zwar auch zwingendes staatliches Recht verdrängen⁹⁶⁷, ersetzt es aber nicht in seiner Rolle als Statut. Zumindest nach der hier befürworteten Auslegung, dass im Rahmen der objektiven Anknüpfung nur staatliches Recht als Vertragsstatut in Frage kommt⁹⁶⁸, ist aber eine Erstreckung der Parteiautonomie auf die Wahl anationalen Rechts nicht möglich⁹⁶⁹. Denn dann ist die Konvention nur dahingehend konzeptioniert, anationales Recht zum einen bei der Ermittlung des Staates heranzuziehen, mit dem ein Vertrag die engsten Verbindungen hat, und zum anderen das ermittelte nationale Recht in Einzelfragen zu korrigieren beziehungsweise zu ergänzen.

Wird indes mit der Gegenansicht die Möglichkeit der objektiven Anknüpfung an anationales Recht anerkannt, so wäre es nicht einzusehen, warum die Macht des Richters hier weitergehen sollte als die der Parteien: Wenn der Richter über Art. 9 Abs. 2 Konvention von Mexiko im Fall unterbliebener Rechtswahl die *lex mercatoria* als Vertragsstatut wählen könn-

⁹⁶³ *Siehr* in Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht S. 103 ff.

⁹⁶⁴ *Fernández Arroyo*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 84 (1995), 178, 183; *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 390; *Lamm* S. 268.

⁹⁶⁵ Vgl. S. 90 ff.

⁹⁶⁶ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 390.

⁹⁶⁷ Vgl. oben S. 96 ff und unten S. 165 ff.

⁹⁶⁸ Vgl. oben S. 83 ff.

⁹⁶⁹ Vgl. *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 92 f.

te⁹⁷⁰, warum sollten die Parteien sie dann nicht direkt als Vertragsstatut wählen können⁹⁷¹? Mit den Worten *Hernández-Bretóns* wäre es „inkohärent, widersprüchlich und unerklärlich, wenn beim Fehlen der Rechtswahl durch die vertragsschließenden Parteien anationale juristische Normen anwendbar wären, während man diese Möglichkeit in dem Fall, dass die Parteien deren Anwendung auf ihre internationalen Handelsverträge ausdrücklich wünschen, verneinte.“⁹⁷² Dieser Schluss *a fortiori* führt nach verbreiteter Ansicht unter den Verfechtern der Auffassung, Art. 9 Abs. 2 S. 2 sei als eigenständige Verweisungsnorm zu betrachten⁹⁷³, dazu, dass es den Parteien gestattet ist, die *lex mercatoria* als Vertragsstatut zu wählen⁹⁷⁴. Durch die Zulassung der Wahl anationalen Rechts werde den Vertragsparteien ermöglicht, einen Normenkomplex zu wählen, der speziell auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten sei⁹⁷⁵. Weiter könne so das Auseinanderdriften von Schiedsgerichten (wo schon lange Schiedssprüche auf Basis der *lex mercatoria* gefällt⁹⁷⁶ und auch von staatlichen Gerichten grundsätzlich anerkannt werden⁹⁷⁷) und staatlichen Gerichten revidiert werden⁹⁷⁸, ein Argument, dass auch im Rahmen des EVÜ diskutiert wird⁹⁷⁹. Die Zulässigkeit der Wahl anationalen Rechts sei überdies logische Konsequenz der Zulässigkeit der Wahl einer neutralen Rechtsordnung, die impliziert, dass die Parteien autonom am besten entscheiden können, welches Recht ihren Bedürfnissen entspricht⁹⁸⁰. Nach hier vertretener Ansicht zu Art. 9 Abs. 2 S. 2 ist dieser Schluss allerdings unzulässig.

⁹⁷⁰ Vgl. S. 76 ff.

⁹⁷¹ Dies sieht *Samleben*, IPRax 1998, 385, 390 indes anders: Für ihn sind die in Art. 9 Abs. 2 genannten Grundsätze nur hilfsweise als materiellrechtliche Regelung heranzuziehen, wenn es dem Richter nicht gelingt, das maßgebende Recht nach objektiven oder subjektiven Kriterien zu bestimmen. Daher ergibt sich konsequent auch keine Notwendigkeit, die *lex mercatoria* zur Rechtswahl zuzulassen. (Vgl. dazu schon oben S. 83 ff. mit Gegenargumenten); ähnlich *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 92 f., der die Funktion von Art. 9 Abs. 2 S. 2 darin sieht, die ausschließliche Anwendung eines generell an internationale private Beziehungen unangepassten staatlichen Rechts zu vermeiden.

⁹⁷² *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 382.

⁹⁷³ Vgl. oben S. 84 ff.

⁹⁷⁴ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 382; im Ergebnis ebenso: *Parra-Aranguren* in E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz, S. 299, 308; *Juenger*, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 392; *Juenger*, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 205 f.; *Fletcher*, Ga.J.Int'l & Comp.L. 26 (1999), 477, 515; *Baumann*, Das Recht Deutschlands und der Schweiz im Dialog 5 (1996), 2, 14; unter Berufung auf die herrschende Meinung ebenso: *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), 580, 598.

⁹⁷⁵ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 205.

⁹⁷⁶ *Reithmann/Martiny-Martiny* Rn. 66 nennt dies „ein Sonderrecht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit“; *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), 580, 596; *Baumann*, Das Recht Deutschlands und der Schweiz im Dialog 5 (1996), 2, 14.

⁹⁷⁷ *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), 580, 601f; *Maniruzzaman*, Am.U.Int'l L.Rev. 14 (1999), 657, 696 f.

⁹⁷⁸ Vgl. *Juenger*, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 205 und *Reithmann/Martiny-Martiny* Rn. 62.

⁹⁷⁹ Vgl. *Rigaux*, Cah.Dr.Eur. 1988, 306, 318 f., der aber dennoch der Wahl der *lex mercatoria* im Rahmen des EVÜ nur eine materiellrechtliche Verweisung erblickt.

⁹⁸⁰ Vgl. *Juenger*, in *Contratación Internacional*, S. 229, 234; davon offenbar auch ausgehend *Fletcher*, Ga.J.Int'l & Comp.L. 26 (1999), 477, 515 Fn. 233.

f) *Bedeutung des Streits bei Wahl der UNIDROIT-Prinzipien*

Entgegen *Samtleben* ist der Streit zwischen der Subsidiaritäts- und der Gleichstellungstheorie auch im Bereich der UNIDROIT-Prinzipien nicht „müßig“⁹⁸¹. Zwar ist ihm zuzugestehen, dass zweifelhaft ist, ob die Grundsätze (die auf rechtsvergleichender Basis erarbeitet wurden) überhaupt mit zwingenden Vorschriften eines in Betracht kommenden Rechts im Widerspruch stehen⁹⁸². Allerdings ist seine Argumentation mit Art. 1.4. der Prinzipien nicht überzeugend: Nach *Samtleben* bewirkt der in Art. 1.4. enthaltene ausdrückliche Vorbehalt zugunsten der nach den maßgebenden Kollisionsnormen anwendbaren zwingenden Rechtsnormen, dass die Prinzipien damit von sich aus im Konfliktfall zurücktreten⁹⁸³. Diese Ansicht trifft aber nur dann zu, wenn der Subsidiaritätstheorie gefolgt wird. Nur dann gilt immer ein staatliches Recht, welches mit zwingenden Normen aufwarten kann. Ließe die Konvention von Mexiko aber im Sinne der Gleichstellungstheorie die Wahl der Prinzipien unmittelbar als Vertragsstatut zu, so gälte keine zugrundeliegende staatliche Rechtsordnung, aus der zwingende Rechtsnormen entnommen werden können⁹⁸⁴. Vielmehr bestünde die gleiche Situation wie bei der Schiedsgerichtsbarkeit, wo auch *Samtleben* zugesteht, dass es keine zugrundeliegende staatliche Rechtsordnung mit deren zwingenden Normen gibt⁹⁸⁵. Insofern besteht also durchaus ein praktischer Unterschied zwischen den genannten Auffassungen.

III. *Das gewählte Recht und Art. 10 in der Konvention von Mexiko*

Wie schon der allgemeine Verweis auf die „vorhergehenden Artikel“ in Art. 10 Konvention von Mexiko deutlich macht⁹⁸⁶, ist dieser auch dann anwendbar, wenn die Parteien eine Rechtswahl getroffen haben. Dies kann dazu führen, dass selbst bei einer ausdrücklichen Rechtswahl der Parteien gemäß Art. 7 Abs. 1 die in Art. 10 genannten Normen, Gewohnheiten und Grundsätze des internationalen Handelsrechts sowie die allgemein anerkannten Handelsbräuche und -praktiken Anwendung finden⁹⁸⁷. Hinsichtlich der berufenen Handelsbräuche und -praktiken ist dies nicht ungewöhnlich und entspricht trotz einiger Unterschiede im Detail der beispielsweise von Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR bekannten Vorgehensweise.

Dieses Bild wandelt sich indes beim zweiten von Art. 10 Konvention von Mexiko berufenen Normenkomplex, den Normen, Gewohnheiten und Grundsätzen des internationalen

⁹⁸¹ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 391.

⁹⁸² *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 391.

⁹⁸³ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 391.

⁹⁸⁴ Hier geht es nur um die intern zwingenden Rechtsnormen. International zwingende Normen können über Art. 11 Konvention von Mexiko in jedem Fall Anwendung finden, dazu unten S. 158 ff.

⁹⁸⁵ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 391 Fn. 50; vgl. auch Fn. 51.

⁹⁸⁶ Vgl. S. 90 ff.

⁹⁸⁷ *Burman*, Vand.J.Trandnat'l L. 28 (1995), 367, 381.

Handelsrechts, was die gesamte *lex mercatoria* einschließt⁹⁸⁸. So könnte eine weitere, anationale, Rechtsordnung mit der von den Parteien gewählten staatlichen *lex causae* in Konflikt geraten. Ein solches auf den ersten Blick widersprüchliches Ergebnis (Warum wird einerseits die Parteiautonomie in denkbar weiter Form anerkannt, um sie dann durch Art. 10 womöglich wieder auszuhebeln und anationales Recht anzuwenden?) wurde während der Beratungen als ein sinnvoller Kompromiss für diejenigen Delegationen Lateinamerikas verstanden, deren Recht bis dahin keine Parteiautonomie zuließ⁹⁸⁹. Art. 10 wurde offenbar als die Parteiautonomie einschränkend verstanden. Dies alles natürlich im Hinblick auf das Regelungsziel des Art. 10: Der Erleichterung des internationalen Handels durch Berufung der Rechtsnormen, die einem Großteil des internationalen Handels zugrundeliegen⁹⁹⁰. Die in Art. 10 getroffene Einschränkung, dass die genannten Normen nur angewendet werden dürfen, um den Anforderungen von Recht und Gerechtigkeit im Einzelfall gerecht zu werden, stellt aber auch klar, dass eine von den Parteien getroffene Rechtswahl nur ausnahmsweise negiert werden darf. Haben die Parteien eine Rechtswahl getroffen, prädisponieren sie damit, was sie für gerecht halten. Diese einer Rechtswahl immanente Gerechtigkeitsvermutung darf nicht ohne weiteres übergangen werden. Es besteht demnach im Falle einer erfolgten Rechtswahl eine höhere Eingriffshürde für Art. 10 als im Falle mangelnder Rechtswahl, wo eine solche immanente Gerechtigkeitsvermutung nicht besteht. Auch in Bereichen, in denen typische Ungleichgewichtslagen bestehen (etwa bei Verbraucher- oder Arbeitsverträgen), ist die Kraft einer solchen Vermutung sehr eingeschränkt. In solchen Fällen handelt es sich aber nicht um Handelsverträge, so dass Art.10 grundsätzlich nicht anwendbar ist⁹⁹¹. Überdies ist nicht zu übersehen, dass anationales Recht das nationale über Art. 10 nur korrigieren, nicht aber in seiner Funktion als Statut ersetzen kann.

§ 7 **Wirksamkeit der Rechtswahl**

Da eine Rechtswahl durch die Parteien ihre Wirkung nur dann entfalten kann, wenn sie wirksam erfolgt ist, ist die Feststellung dieser Wirksamkeit eine im Zusammenhang der Parteiautonomie entscheidende Frage. Es bestehen drei grundlegende Möglichkeiten, die Wirksamkeit einer Rechtswahl festzustellen: Anwendung der *lex fori*, Anwendung des in Aussicht genommenen Rechts oder Anwendung des durch objektive Anknüpfung ermittelten Rechts⁹⁹². Die Wirksamkeit einer Rechtswahl kann insbesondere an Willensmängeln (Irrtum, Täuschung aber auch Zwang und Drohung) scheitern. Ist die Rechtswahl unwirksam, wird das anwendbare Recht durch objektive Anknüpfung ermittelt. Beide Übereinkommen behandeln die Rechtswahl als einen vom restlichen (Haupt-) Vertrag getrennten Vertrag, selbst

⁹⁸⁸ Vgl. oben S. 90 ff.

⁹⁸⁹ *Burman*, Vand.J.Trandnat'l L. 28 (1995), 367, 381.

⁹⁹⁰ *Burman*, Vand.J.Trandnat'l L. 28 (1995), 367, 381.

⁹⁹¹ Vgl. oben S. 96 ff.

⁹⁹² *Symeonides/Collins Perdue/von Mehren* S. 324 ff.

wenn es sich um eine Klausel des selben Dokuments handelt. Diese Trennung ist logisch erforderlich, denn nur wenn die Rechtswahl als wirksam oder unwirksam festgestellt wurde, kann das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht und im folgenden die Wirksamkeit des Hauptvertrages ermittelt werden. Bei der Frage nach der Wirksamkeit der Rechtswahlklausel handelt es sich somit um eine vorgeschaltete Frage.

I. Art. 3 Abs. 4 EVÜ

Zustandekommen und Wirksamkeit der Rechtswahl ist nach dem teils heftig kritisierten⁹⁹³ Art. 3 Abs. 4 EVÜ, der auf die Artt. 8, 9 und 11 EVÜ⁹⁹⁴ verweist, ebenso zu beurteilen, wie die Wirksamkeit des Hauptvertrages⁹⁹⁵. Für die Vertragsbestandteile materiellrechtlicher Hauptvertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahl wird also ein Gleichlauf angeordnet⁹⁹⁶. Es wird der Einheitslehre gefolgt und der Vertrag während seiner gesamten Dauer (von Verhandlungsbeginn bis zu dessen Beendigung oder Nachwirkungen) grundsätzlich einem einzigen Statut unterstellt⁹⁹⁷. Obwohl es sich eigentlich bei Haupt- und Verweisungsvertrag um zwei getrennte Verträge handelt, wurde diese Lösung aus Gründen der inneren Harmonie des gesamten Rechtsgeschäfts gewählt, zumal beide Verträge regelmäßig *uno acto* geschlossen werden⁹⁹⁸. Damit „siegte Pragmatismus über Logik“⁹⁹⁹.

Wenn demnach für die Wirksamkeit des Hauptvertrages nach Art. 8 die *lex causae* maßgeblich ist, ist für Zustandekommen und Wirksamkeit der Rechtswahl nach Art. 3 Abs. 4 i.V.m. Art. 8 die in Aussicht genommene *lex causae* entscheidend. Diese kann allerdings das sich aus dem Übereinkommen selbst ergebende Prinzip der Parteiautonomie nicht mehr negieren¹⁰⁰⁰. Allein die Beurteilung des Zustandekommens und der inneren Wirksamkeit des Verweisungsvertrages (also z.B. dessen Anfechtbarkeit, etc.) obliegt der in Aussicht genommenen Rechtsordnung¹⁰⁰¹.

Die Ausnahme dazu bildet Art. 8 Abs. 2 EVÜ, der auch über die Verweisung des Art. 3 Abs. 4 anwendbar ist¹⁰⁰² und hinsichtlich der Zustimmung einer Partei einen Vorbehalt zugunsten ihres Heimatrechts erklärt¹⁰⁰³. Bedeutung kann dieser u.a. bei im Internet ge-

⁹⁹³ Vgl. etwa *Nadelmann*, Am.J.Comp.L. 24 (1976), 1, 8 f.; *Cheshire/North* S. 564.

⁹⁹⁴ Die Verweisung auf Art. 9 EVÜ ist wegen der einer konkludenten Rechtswahl immanenten Formlosigkeit weitgehend inhaltsleer; vgl. auch *von Bar* II Rn. 478.

⁹⁹⁵ Zur Kritik an dieser Lösung vgl. *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 66.

⁹⁹⁶ *Sandrock*, *RIW* 1986, 841, 851.

⁹⁹⁷ *Sandrock*, *RIW* 1986, 841, 849 ff.

⁹⁹⁸ *MünchKomm-Spellenberg* Art. 31 EGBGB Rn. 19.

⁹⁹⁹ *North*, *Pr.Int'l.L.*, S. 126; *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 76, weist auf den logischen Teufelskreis hin, der sich bei dieser international üblichen Lösung ergibt: Das gewählte Recht entscheidet, ob es gewählt wurde; ebenso: *Fresnedo de Aguirre*, *An.Der.Com.* 7 (1996), 191, 206 anders dagegen *Loussouarn/Bourel* S. 430; *Rigaux/Fallon* Bd. 2 S. 512 m.w.N.

¹⁰⁰⁰ *Lagarde*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991), 287, 305; daraus folgt, dass bei einer Rechtswahl in AGB keine Inhaltskontrolle stattfindet, *Rühl*, S. 206 m.w.N.; *Mankowski*, *RIW* 1993, 453, 456; a.A. *Wolf*, *ZHR* 153 (1989), 300, 301, zur Rechtswahl in AGB vgl. unten S. 142 ff.

¹⁰⁰¹ *Roth*, *RIW* 1994, 275, 276.

¹⁰⁰² *Sandrock*, *RIW* 1986, 841, 849.

¹⁰⁰³ S.u. S. 142 ff. und S. 170 ff.

schlossenen Verträgen erlangen, nämlich beispielsweise dann, wenn nach der Heimatrechtsordnung nicht damit gerechnet werden musste, dass AGB einbezogen wurden, die eine Rechtswahl zugunsten einer ausländischen Rechtsordnung beinhalten¹⁰⁰⁴.

Der dogmatische Hintergrund dieser Beurteilung von Zustandekommen und Wirksamkeit einer Rechtswahl ist umstritten: Während nach älterer Auffassung das Vorliegen einer Rechtswahl nach der *lex fori* beurteilt wurde und erst danach deren Zustandekommen und Wirksamkeit über Art. 3 Abs. 4 EVÜ geprüft wurde, wird heute die gemeinsame Erklärung der Parteien als Anschein einer Rechtswahl gewertet, der ausreicht, um die Verweisung in Kraft treten zu lassen¹⁰⁰⁵. Die Parteierklärung wird also als Faktum gewertet, deren Wirksamkeit sich erst noch erweisen muss¹⁰⁰⁶.

Erweist sich der Verweisungsvertrag nach der in Aussicht genommenen *lex causae* als ungültig, ist der (Haupt-)Vertrag objektiv anzuknüpfen. Da es sich um zwei rechtlich selbständige Verträge handelt, hängt die Wirksamkeit des einen grundsätzlich nicht von der Wirksamkeit des anderen ab; daher ist es auch möglich, dass die (wirksame) Rechtswahl zu einem Recht führt, nach dem der Hauptvertrag nichtig ist¹⁰⁰⁷. Dies ist die Konsequenz daraus, dass mit der Freiheit zur Wahl einer Rechtsordnung auch die Verantwortung für deren Folgen untrennbar verbunden ist¹⁰⁰⁸. Ferner wird mit der Wahl eines bestimmten Rechts implizit auch dessen Schutz mitgewählt, der sich in der Rechtsfolge der Nichtigkeit manifestieren kann.

II. Art. 12 Konvention von Mexiko

Die Konvention von Mexiko bietet eine sachlich dem EVÜ entsprechende Lösung. Art. 12 Abs. 1 Konvention von Mexiko regelt die Wirksamkeit der Rechtswahl gemeinsam mit der Wirksamkeit des Hauptvertrages. Auf eine klarstellende getrennte Behandlung wie in Art. 3 Abs. 4 EVÜ oder Art. 10 Haager Kaufrechtsübereinkommen¹⁰⁰⁹ wurde verzichtet. Dennoch legt der Satzbau dar, dass die Wirksamkeit der Rechtswahlklausel unabhängig von der Wirksamkeit des Hauptvertrages zu beurteilen ist¹⁰¹⁰. Wie allgemein üblich ist es auch hier unerheblich, ob die Rechtswahl in einem eigenständigen Vertrag getroffen wurde oder nur

¹⁰⁰⁴ Scherer/Butt, RIW 2000, 1009, 1010; so auch allgemein bei Rechtswahlklauseln in AGB, vgl. Meyer-Sparenberg, RIW 1989, 347, 350.

¹⁰⁰⁵ Von Bar II Rn. 474; MünchKomm-Spellenberg Art. 31 EGBGB Rn. 21 m.w.N.; Czernich/Heiss-Helmberg Art. 8 Rn. 8 f.; zu den im einzelnen strittigen Details vgl. Rühl, S. 108 ff. m.w.N.; zu den Gegenansichten vgl. insb. Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 20 f., der sich an die Rechtsprechung des EuGH und die hL zu Art. 17 EuGVÜ anlehnt: Soweit Art. 3 Abs. 1 EVÜ vertragsautonome Kriterien entnommen werden könnten, nach denen das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Rechtswahl zu beurteilen sei, scheidet ein Verweis nach Art. 3 Abs. 4 aus; nur im übrigen seien die Fragen nach der *lex causae* zu beurteilen; wieder anders Stoll, FS Beitzke, 758, 769 f.; Stoll, FS Heini, 429, 436.

¹⁰⁰⁶ MünchKomm-Spellenberg Art. 31 Rn. 21.

¹⁰⁰⁷ MünchKomm-Spellenberg Art. 31 Rn. 23.

¹⁰⁰⁸ Samtleben, IPRax 1998, 385, 388 m.w.N.

¹⁰⁰⁹ Art. 10 Abs. 1: „Issues concerning the existence and material validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law are determined . . . by the law chosen. . . .“

¹⁰¹⁰ Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 75; im Ergebnis ebenso: Samtleben, IPRax 1998, 385, 387.

eine Klausel des Hauptvertrages bildet¹⁰¹¹. Die Rechtswahl wird wie „ein Vertrag über den Vertrag“ behandelt¹⁰¹². Die konzeptionelle Trennung von Rechtswahl und Hauptvertrag führt (wie beim EVÜ, auf das im erläuternden Memorandum zum Entwurf der Konvention ausdrücklich verwiesen wurde¹⁰¹³) dazu, dass das gewählte Recht auch dann maßgeblich bleibt, wenn der Hauptvertrag danach nichtig ist¹⁰¹⁴. Im konkreten Fall könnte die Nichtigkeit des Vertrages nach dem gewählten Recht (oder zumindest deren Folgen) jedoch über zusätzlich gemäß Art. 10 heranzuziehende Normen¹⁰¹⁵ abgewendet werden, wenn deren Anwendung durch die Anforderungen von Recht und Gerechtigkeit im Einzelfall geboten ist.

Ungeachtet dieser Trennung von Hauptvertrag und Rechtswahlklausel unterwirft Art. 12 Abs. 1 beide dem in Einklang mit den Bestimmungen des zweiten Kapitels bestimmten Recht (Artt. 7 – 11 Konvention von Mexiko). Für die Beurteilung der Wirksamkeit der Rechtswahlklausel ist danach das in Aussicht genommene Recht maßgeblich¹⁰¹⁶. Damit entspricht die Lösung dem EVÜ. Das in Aussicht genommene Recht regelt aber nur das fehlerfreie Zustandekommen der Willenseinigung; die Zulässigkeit der Rechtswahl selbst folgt schon aus Art. 7 der Konvention selbst; sie kann wie beim EVÜ durch das gewählte Recht nicht mehr revidiert werden¹⁰¹⁷. Dogmatisch bietet es sich an, wie beim EVÜ Art. 7 Konvention von Mexiko schon beim Anschein einer Rechtswahl in Funktion treten zu lassen und dann anhand der anscheinend gewählten *lex causae* die weitere Überprüfung vorzunehmen.

Einen Art. 8 Abs. 2 EVÜ entsprechenden Vorbehalt zugunsten des Heimatrechts der am Vertragsschluss beteiligten Parteien beinhaltet Art. 12 Abs. 2 Konvention von Mexiko¹⁰¹⁸.

III. Formelle Wirksamkeit der Rechtswahl

Die formelle Wirksamkeit von Rechtswahlübereinkommen ist nur im EVÜ durch den Verweis von Art. 3 Abs. 4 auf Art. 9 geregelt. Dieser Verweis läuft aber wegen der einer (ausdrücklich zugelassenen) konkludenten Rechtswahl immanenten Formlosigkeit weitgehend leer¹⁰¹⁹. Die Konvention von Mexiko enthält einen derartigen Verweis nicht, da aber auch dort eine konkludente Rechtswahl zulässig ist, ergeben sich keine Unterschiede.

¹⁰¹¹ Reithmann/Martiny-Martiny Rn. 225.

¹⁰¹² Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 75.

¹⁰¹³ Explanatory Memorandum on the Draft Convention on the Law Applicable to International Contractual Arrangements (Berichterstatte: Siqueiros), OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/12/93 S. 30 f. (Original in spanisch).

¹⁰¹⁴ Samtleben, IPRax 1998, 385, 388 mit Hinweisen auf Stimmen in der Literatur, die dieses Ergebnis *de lege ferenda* kritisieren.

¹⁰¹⁵ Vgl. oben S. 90 ff

¹⁰¹⁶ Zum logischen Teufelskreis vgl. oben Fn.863 m.N.

¹⁰¹⁷ Samtleben, IPRax 1998, 385, 387.

¹⁰¹⁸ Vgl. näher u. S. 170 ff.

¹⁰¹⁹ Von Bar II Rn. 478.

IV. Rechtswahl in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)

Rechtswahlklauseln finden sich häufig in standardisierten Verträgen, beispielsweise bei wiederholten internationalen Verkäufen desselben Produkts. Bei solchen Massenverträgen entspricht eine Rechtswahl in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem praktischen Bedürfnis einer gleichartigen und vorhersehbaren Vertragsabwicklung¹⁰²⁰. Auch bei über das Internet geschlossenen Verträgen findet häufig eine Rechtswahl in sog. „elektronischen AGB“ statt, deren Einbeziehung (etwa durch die häufig verwendeten „click wrap agreements“) sich ebenso wie bei „gewöhnlichen“ AGB beim EVÜ nach Art. 3 Abs. 4 i.V.m. Art. 8 richtet (also nach der in Aussicht genommenen *lex causae*)¹⁰²¹. Die Unabhängigkeit von Rechtswahlklausel und Hauptvertrag führt bei Rechtswahlklauseln in AGB dazu, dass zunächst die in den AGB in Aussicht genommene *lex causae* darüber entscheidet, ob sie Vertragsbestandteil geworden sind, wobei in Ausnahmefällen das Heimatrecht der Partei, gegenüber der sie verwendet werden, nach Art. 8 Abs. 2 berücksichtigt werden kann¹⁰²². Die Zulässigkeit der Rechtswahl in AGB ergibt sich aber schon aus dem EVÜ selbst und kann durch die *lex causae* nicht mehr negiert werden¹⁰²³, eine Inhaltskontrolle der AGB scheidet danach aus¹⁰²⁴. Es ist daher für das Übereinkommen unerheblich, ob die Rechtswahl in AGB erfolgte oder unmittelbar im Hauptvertrag. Solche Rechtswahlklauseln in AGB sind anhand der Grundsätze des berufenen Sachrechts zu überprüfen¹⁰²⁵.

Sind die AGB nach der in Aussicht genommenen *lex causae* nicht wirksam einbezogen, scheidet zunächst nur die Rechtswahl; der Vertrag ist dann objektiv anzuknüpfen und die Einbeziehung der übrigen AGB nach dem objektiven Vertragsstatut zu beurteilen¹⁰²⁶. Bestehen Zweifel über Inhalt oder Umfang einer Rechtswahlklausel, richtet sich deren Auslegung wegen des begrenzten Verweises in Art. 3 Abs. 4 EVÜ nach der *lex fori* und nicht nach dem (in Aussicht genommenen) Vertragsstatut¹⁰²⁷.

Gleiches gilt bei der Konvention von Mexiko. Auch bei ihr richtet sich die wirksame Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem Vertragsstatut (Art. 12 Abs. 1). Rechtswahlklauseln in AGB sind wie beim EVÜ nach der in Aussicht genommenen *lex causae* hinsichtlich der wirksamen Einbeziehung zu überprüfen. Es ist zu erwarten, dass ein Hauptanwendungsbereich des Art. 12 Abs. 2 Konvention von Mexiko im Bereich dieser sogenannten „adhesion contracts“¹⁰²⁸ liegt¹⁰²⁹, bei denen die Rechtswahl von der stärkeren

¹⁰²⁰ Rühl, S. 31.

¹⁰²¹ Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 210; Zur Problematik sich widersprechender Rechtswahlklauseln in AGB vgl. etwa Rühl, S. 68 ff., die auf kollisionsrechtlicher Ebene argumentiert und schon das Vorliegen eines Rechtswahlstatbestandes verneint; ebs. von Bar II Rn. 475 (immer objektive Anknüpfung); a.A. Meyer-Sparenberg, RIW 1989, 347, 348, der auf sachrechtlicher Ebene entscheiden will.

¹⁰²² MünchKomm-Spellenberg Art. 31 EGBGB Rn. 18, 20 f. m.w.N.

¹⁰²³ Rühl, S. 50.

¹⁰²⁴ Rühl, S. 206 m.w.N.

¹⁰²⁵ Roth, RIW 1994, 275, 277.

¹⁰²⁶ Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 210.

¹⁰²⁷ Von Hoffmann §10 Rn. 31.

¹⁰²⁸ Black's Law Dictionary Abridged S. 25 definiert „adhesion contract“ als: „Standardized contract from offered to consumers of goods and services on essentially „take it or leave it“ basis without affording consumers realistic

Partei vorgegeben wird und der schwächeren nur ein „take it or leave it“ bleibt¹⁰³⁰. Über die Vorschrift des Art. 12 Abs. 2 kann aber ein kollisionsrechtlicher Schutz der schwächeren Vertragspartei realisiert werden¹⁰³¹, während die Gewährung materiellrechtlichen Schutzes der (in Aussicht genommenen) *lex causae* obliegt.

§ 8 Sonderregelungen in den Übereinkommen

I. Binnensachverhalte: Art. 3 Abs. 3 EVÜ

Die Möglichkeit, die auf einen Vertrag anwendbare Rechtsordnung parteiautonom zu bestimmen, erfährt durch Art. 3 Abs. 3 EVÜ bei Binnensachverhalten eine gewichtige Einschränkung. Die Vorschrift bestimmt, dass bei Sachverhalten, die zu allen Teilen im Zeitpunkt der Rechtswahl in ein und demselben Staat¹⁰³² belegen sind, eine Rechtswahl (und sei sie durch eine Gerichtsstandsvereinbarung ergänzt) die Anwendung der intern zwingenden Bestimmungen dieses Staates nicht verhindern kann¹⁰³³. Fraglich ist allerdings, ob dadurch eine kollisionsrechtliche Rechtswahl ausgeschlossen ist und eine Rechtswahl nur als materiellrechtliche Verweisung anzusehen ist¹⁰³⁴. Nach traditioneller kollisionsrechtlicher Lehre können Vertragsparteien das maßgebende Recht nur dann wählen, wenn eine Auslandsberührung vorliegt, die ihrem Vertrag internationalen Charakter verleiht; die Parteiautonomie ist also der Sache nach auf internationale Sachverhalte begrenzt¹⁰³⁵. Während unstrittig ist, dass Art. 3 Abs. 3 EVÜ auf diese klassische Lehre Bezug nimmt, ist strittig, in welcher Weise diese Bezugnahme erfolgt.

Nach häufig vertretener Ansicht misst Art. 3 Abs. 3, der an der klassischen Lehre nichts geändert habe, einer Rechtswahl bei Binnensachverhalten nur die Wirkung einer materiellrechtlichen Verweisung bei¹⁰³⁶. Nach dieser Ansicht ergeben sich aus Art. 3 Abs. 3 EVÜ negativ die Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit die Parteien von ihrer kalli-

opportunity to bargain and under such conditions that consumer cannot obtain desired product or services except by acquiescing in form contract. Distinctive feature of adhesion contract is that weaker party has no realistic choice as to its terms. . .”; vgl. auch *Fresnedo de Aguirre*, Rev.Transp.Seguros 8 (1995), 157, 170.

¹⁰²⁹ Der Grundgedanke ist, dass das Prinzip der Parteiautonomie das Bestehen einer Freiheit zur Auswahl des Geschäftspartners und die Freiheit der Vertragsaushandlung und -gestaltung voraussetzt, während diese Freiheiten im Bereich der „adhesion contracts“ nicht bestehen, wo die stärkere Partei der schwächeren ihre Bedingungen diktiert; vgl. *Fresnedo de Aguirre*, Rev.Transp.Seguros 8 (1995), 157, 169.

¹⁰³⁰ *Fresnedo de Aguirre*, An.Der.Com. 7 (1996), 191, 205 ff.

¹⁰³¹ Vgl. dazu *Fresnedo de Aguirre*, Rev.Transp.Seguros 8 (1995), 157, 169 ff.; *Fresnedo de Aguirre*, An.Der.Com. 7 (1996), 191, 205 ff., die eine Rechtswahl in „adhesion contracts“ als ungültig ansieht.

¹⁰³² Eine jüngere Meinung will die EG im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 als einen einheitlichen Staat ansehen, um zu verhindern, dass im Wege der Rechtswahl von zwingendem EG Recht abgewichen werden kann (*Lando*, RabelsZ 57 (1993), 155, 163; Brödermann/Iversen-Iversen 336 ff. m.w.N.); *de lege ferenda* ebs. *Baumert*, EWS 1995, 57, 69.

¹⁰³³ Dazu genauer unten S. 148 ff.

¹⁰³⁴ So: *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 327; MünchKomm-Martiny Art. 27 EGBGB Rn. 79; *Mincke*, IPRax 1985, 313, 314; *Sandrock*, RIW 1986, 841, 846; a.A. (Art. 3 Abs. 3 als kollisionsrechtliche Verweisung) *Smith* S. 335; *E. Lorenz*, RIW 1987, 569, 569.

¹⁰³⁵ *Junker*, IPRax 1989, 69, 70.

¹⁰³⁶ So: *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 327; MünchKomm-Martiny Art. 27 EGBGB Rn. 79; *Mincke*, IPRax 1985, 313, 314; *Sandrock*, RIW 1986, 841, 846.

sionsrechtlichen Rechtswahlfreiheit Gebrauch machen können¹⁰³⁷. Gestützt wird diese Ansicht auf die Entstehungsgeschichte des Übereinkommens: Art. 3 Abs. 3 sollte einen Kompromiss zwischen zwei entgegengesetzten Auffassungen darstellen, die während der Beratungen vertreten wurde¹⁰³⁸: Einerseits der Auffassung, dass eine Rechtswahl nur dann zuzulassen sei, wenn der Vertrag außer der Rechtswahl weitere Auslandsberührungen aufweist; andererseits der Ansicht, dass Parteien auch dann schutzwürdige Interessen mit einer Rechtswahl verfolgen können, wenn keine weiteren Auslandsberührungen vorliegen. Insbesondere die Vertreter Großbritanniens vertraten letzteren Standpunkt, da englisches Recht häufig auch ohne konkreten Vertragsbezug in internationalen Verträgen gewählt wird¹⁰³⁹. Der Kompromiss bestehe darin, dass die Rechtswahl bei reinen Inlandsverträgen nur die Kraft einer materiellrechtlichen Verweisung habe¹⁰⁴⁰.

Die Gegenansicht vertritt, dass Art. 3 Abs. 3 ebenso wie Art. 3 Abs. 1 eine kollisionsrechtliche Rechtswahl zulasse¹⁰⁴¹ und nur die Möglichkeit der Abwahl zwingender Bestimmungen beschränke¹⁰⁴². Auch diese Ansicht beruft sich auf die Entstehungsgeschichte: Sei Art. 3 Abs. 3 nur als materiellrechtliche Verweisung zu verstehen, so enthalte er keinen Kompromiss, denn die Zulässigkeit einer materiellrechtlichen Verweisung sei Voraussetzung beider Ansichten gewesen¹⁰⁴³.

Die praktische Konsequenz dieses Meinungsstreits ist, dass nur die Zulassung einer kollisionsrechtlichen Verweisung die Anwendung des gewählten Rechts von Amts wegen vor deutschen Gerichten zur Folge hätte. Auch die Anwendbarkeit von § 12 AGBG hängt von der Beantwortung des Streits ab: Nur wenn ausländisches Recht Vertragsstatut sein kann, also eine kollisionsrechtliche Verweisung angenommen wird, ist § 12 AGBG anwendbar¹⁰⁴⁴. Die Auffassung, dass Art. 3 Abs. 3 eine kollisionsrechtliche Rechtswahl erlaube, hat in der Tat das Argument der Entstehungsgeschichte für sich, denn wenn mit der Norm ein Kompromiss zwischen der klassischen Auffassung und der weiteren englischen Position erreicht werden sollte, ist dies nur auf ihrer Basis möglich. Die Gegenansicht würde keinen Kompromiss erreichen, sondern eine Perpetuierung des Rechtszustandes vor Inkrafttreten des EVÜ. Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass der Meinungsstreit keine Auswirkungen darauf hat, was unter zwingenden Bestimmungen im Sinne des Art. 3 Abs. 3 zu verstehen ist¹⁰⁴⁵.

Anknüpfungsmomente, die eine Auslandsberührung erzeugen, so dass kein Binnensachverhalt vorliegt und damit nicht zur Anwendung von Art. 3 Abs. 3 führen, sind beispielsweise der gewöhnliche Aufenthalt, bzw. die Niederlassung der Parteien, die Belegenheit der Sache, eine grenzüberschreitende Lieferung oder Erbringung von Dienstleistungen und der

¹⁰³⁷ Sandrock, RIW 1986, 841, 847.

¹⁰³⁸ Vgl. *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 50.

¹⁰³⁹ *Smith*, S. 335 f.

¹⁰⁴⁰ Vgl. *Junker*, IPRax 1989, 69, 70.

¹⁰⁴¹ Etwa: *Smith* S. 335; *E. Lorenz*, RIW 1987, 569, 569; *Palandt-Heldrich* Art. 27 EGBGB Rn. 4.

¹⁰⁴² Dazu vgl. unten S. 148 ff.

¹⁰⁴³ *E. Lorenz*, RIW 1987, 569, 569.

¹⁰⁴⁴ *E. Lorenz*, RIW 1987, 569, 569.

Erfüllungsort, sowie jedweder Zusammenhang eines Geschäfts mit einem internationalen Sachverhalt¹⁰⁴⁶.

II. *Verbraucher- und Arbeitsverträge, Artt. 5 und 6 EVÜ*

Eine besondere Regelung, die aber nur scheinbar die Parteiautonomie als solche betrifft, enthalten die Artt. 5 und 6 EVÜ für Verbraucher- und Arbeitsverträge. Art. 5 EVÜ bestimmt im Rahmen seines Anwendungsbereichs¹⁰⁴⁷, dass eine Rechtswahl nicht dazu führen darf, dass dem Verbraucher der Schutz der zwingenden Bestimmungen seines gewöhnlichen Aufenthaltsstaats entzogen wird. Für Arbeitsverträge gilt, dass dem Arbeitnehmer durch eine Rechtswahl nicht der Schutz der zwingenden Bestimmungen des Staates entzogen werden kann, dessen Recht nach objektiver Anknüpfung anzuwenden wäre¹⁰⁴⁸. Beide Normen schränken also nicht die Rechtswahl als solche ein¹⁰⁴⁹, sondern nehmen eine rechtswahlergänzende Anknüpfung zwingenden Rechts¹⁰⁵⁰ durch eine im Vergleich zu den Artt. 3 Abs. 3 und 7 andere, diese ergänzende, Systematik der zwingenden Bestimmungen (das Günstigkeitsprinzip¹⁰⁵¹) vor.

III. *Regelungsmechanismus der Konvention von Mexiko*

Der Regelungsmechanismus der Konvention von Mexiko weicht bei diesen Fragen von dem des EVÜ ab. Zum einen ist die Konvention von Mexiko bei Binnensachverhalten wegen des Erfordernisses eines internationalen Vertrages im Sinne von Art. 1 Abs. 2¹⁰⁵² schon gar nicht anwendbar. Weiter enthält sie keinen den Artt. 5 und 6 EVÜ entsprechenden kollisionsrechtlichen Schutzmechanismus für besondere Vertragstypen wie Verbraucher- oder Arbeitsverträge. Diese können aber nach Art. 1 Abs. 4 vom Anwendungsbereich der Konvention von Mexiko ausgenommen werden¹⁰⁵³. Ein kollisionsrechtlicher Schutz dieser typisch schwächeren Vertragsparteien kann auch über Art. 11, die Generalklausel betreffend zwingende Bestimmungen, gewährleistet werden¹⁰⁵⁴. Diese ist so weit gefasst, dass auch mit ihr Arbeitnehmer und Verbraucher gegen das Ausnutzen einer starken Verhandlungsposition geschützt werden können¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁴⁵ Dazu unten S. 148 ff.

¹⁰⁴⁶ Czernich/Heiss-Heiss Art. 3 Rn. 4; in höherem Maße strittige Momente sind der Abschlussort oder die Staatsangehörigkeit der Parteien; vgl. von Hoffmann §10 Rn. 30.

¹⁰⁴⁷ Vgl. oben S. 99 ff.

¹⁰⁴⁸ Vgl. oben S. 104 ff.

¹⁰⁴⁹ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 57.

¹⁰⁵⁰ Vgl. Roth in Reichert-Facilides, 1, 30; genauer u. S. 148 ff.

¹⁰⁵¹ S.u. S. 148 ff.

¹⁰⁵² Vgl. oben S. 32 ff.

¹⁰⁵³ Vgl. oben S. 27 ff.

¹⁰⁵⁴ Juenger, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 204.

¹⁰⁵⁵ Juenger, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 204; vgl. näher unten S. 158 ff.

§ 9 **Vergleich: Parteiautonomie**

Die Gegenüberstellung der Bestimmungen über die Parteiautonomie in den Übereinkommen lässt im Ergebnis nahezu identische Regelungen erkennen. Beide Übereinkommen lassen neben einer expliziten auch eine konkludente Rechtswahl zu, wobei der von der Konvention von Mexiko geforderte Standard („offensichtlich“) anspruchsvoller als derjenige des EVÜ („mit hinreichender Sicherheit“) ist. Während ein strenger Standard das Bedürfnis nach Rechtssicherheit eher befriedigt, scheint dessen Verwendung gerade bei der Konvention von Mexiko widersprüchlich, verzichtet sie doch bei der objektiven Anknüpfung nahezu vollständig auf Rechtssicherheit zugunsten potenziell höherer Einzelfallgerechtigkeit. Erklären lässt sich der geforderte strenge Standard (in den Entwürfen waren die Anforderungen gar noch strenger) aber mit der in Lateinamerika verbreiteten Abneigung gegenüber der Parteiautonomie. Wenn diese schon zugelassen wird, dann aber nur, soweit ihre Verwendung auch problemlos festzustellen ist.

Des Weiteren lassen beide Konventionen die vertragliche *Dépeçage* zu, machen beim Zeitpunkt der Rechtswahl keinen Unterschied und bemessen die Wirksamkeit einer Rechtswahl nach der in Aussicht genommenen *lex causae*.

Nach hier vertretener Auffassung unterscheidet sich auch der Umfang der Parteiautonomie nicht. Beide Übereinkommen lassen zwar die Wahl einer neutralen Rechtsordnung zu, beschränken die Wahl aber auf staatliches Recht. Zugestanden sei, dass letzteres im Rahmen der Konvention von Mexiko wesentlich weniger klar als beim EVÜ ist, zieht sie doch anationales Recht in einigen Fällen ausdrücklich zur Problemlösung heran. Auch wäre die Erstreckung der Wahlfreiheit der Parteien auf anationales Recht als konsequente Fortführung der Möglichkeit der Wahl neutralen Rechts wünschenswert.

Ein bedeutender und sinnvoller Unterschied ergibt sich aber durch Art. 10 Konvention von Mexiko, der nicht nur bei der objektiven sondern auch bei der subjektiven Anknüpfung anwendbar ist. Durch ihn spielen Handelsbräuche und die *lex mercatoria* mit der Finalität der Schaffung materieller Einzelfallgerechtigkeit in die Falllösung hinein. Er kann auch das gewählte Recht überlagern und so im Einzelfall die Folgen einer Rechtswahl einschränken, um zu gerechten Ergebnissen zu kommen. Dabei ist es wegen der einer Rechtswahl immanenten Gerechtigkeitsvermutung angebracht, sparsamer mit solchen Eingriffen als bei der objektiven Anknüpfung umzugehen.

Dies führt zu den unterschiedlichen Schutzmechanismen bei typisch schwächeren Vertragsparteien. Während das EVÜ hier die Gruppen der Verbraucher und Arbeitnehmer herausgreift und diesen besonderen Schutz durch eine eigene Systematik zwingender Bestimmungen zukommen lässt, wodurch eine rechtswahlergänzende Anknüpfung praktiziert wird, arbeitet die Konvention von Mexiko nur mit einer Generalklausel der zwingenden Bestimmungen. Ob damit eine gleiche Schutzintensität erreicht werden kann, ist im Rahmen der Behandlung genannter Schutzmechanismen zu untersuchen.

F. Zwingende Bestimmungen

Während es im Bereich des eigentlichen internationalen Privatrechts beider Konventionen um die Ermittlung des anwendbaren Rechts vom Sachverhalt her geht, fragen die zwingenden Bestimmungen vom Gesetz her nach dessen Anwendungsbereich; diesen Gegensatz bezeichnet *Neuhaus* als die „Zweipoligkeit des IPR“¹⁰⁵⁶. Einen Vorbehalt zugunsten zwingender Bestimmungen führt die unilaterale Methode in ansonsten multilateral geprägte Kollisionssysteme ein¹⁰⁵⁷.

Einen solchen Vorbehalt enthalten im EVÜ die Artt. 3 Abs. 3, 5 Abs. 2, 6 Abs. 2, 7 Abs. 1 und 2 sowie 9 Abs. 6. Bei der objektiven Anknüpfung ist dabei Art. 7 von maßgebender Bedeutung, da dieser zwingenden Vorschriften nicht nur gegenüber einer parteiautonom bestimmten Rechtsordnung, sondern auch gegenüber dem objektiv ermittelten Vertragsstatut Vorrang einräumt. Gleiches gilt sonst nur für den engen Sonderfall des Art. 9 Abs. 6¹⁰⁵⁸. Die anderen Regelungen über zwingende Vorschriften sind dagegen nur im Bereich der Rechtswahl von Bedeutung.

Art. 3 Abs. 3 EVÜ bestimmt, dass die dortige Definition von „zwingenden Bestimmungen“ für das gesamte Übereinkommen maßgeblich ist, also auch für die Artt. 5, 6 und 7 Abs. 1, die den gleichen Begriff verwenden. Nichtsdestotrotz unterscheidet sich der materielle Gehalt der genannten zwingenden Bestimmungen und ist am weitesten in Art. 3 Abs. 3 (bezogen auf alle intern zwingenden Bestimmungen) und am engsten in Art. 7 (nur international zwingende Normen) gefasst¹⁰⁵⁹. Artt. 7 Abs. 2 und 9 Abs. 6 enthalten zwar den Begriff „zwingende Bestimmungen“ nicht, behandeln aber den gleichen Problembereich.

Im Gegensatz dazu enthält die Konvention von Mexiko mit Art. 11 nur eine einzige Vorschrift über zwingende Bestimmungen. Art. 11 Abs. 1 behandelt zwingende Bestimmungen des Forumstaates, während Abs. 2 solche eines Drittstaates behandelt. Beide Absätze dieser Generalklausel sind sowohl bei der objektiven wie auch bei der subjektiven Anknüpfung gleichermaßen von Bedeutung.

§ 1 Die Systematik der zwingenden Bestimmungen im EVÜ

Das EVÜ behandelt die Problematik der zwingenden Bestimmungen detailliert in fünf verschiedenen Artikeln. Dabei treten nicht nur Unterschiede im berufenen Normkreis zu Tage, sondern es ergeben sich auch verschiedene Mechanismen zur Regelung der Anwendung dieser Normen sowie der Auswahl unter potenziell mehreren anwendbaren Normen.

¹⁰⁵⁶ *Neuhaus*, Grundbegriffe, S. 40.

¹⁰⁵⁷ Zum EVÜ: *Lagarde*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 321; gleiches gilt für die Konvention von Mexiko, der ebenfalls ein multilaterales Kollisionsnormsystem zugrundeliegt.

¹⁰⁵⁸ Dazu sogleich S. 157 ff.

¹⁰⁵⁹ Vgl. etwa *Cheshire/North* S. 577 f.; *North* in *North – Essays in Private International Law*, S. 23, 44 f.; *Philip* in *North, Contract Conflicts*, S. 81, 82; *Junker*, IPRax 1989, 69, 70.

I. *Binnensachverhalte: Art. 3 Abs. 3*

Art. 3 Abs. 3 EVÜ betrifft den Fall, dass alle Teile eines Sachverhalts¹⁰⁶⁰ mit Ausnahme der Rechtswahl und einer diese eventuell ergänzenden Gerichtsstandsklausel im Zeitpunkt dieser Rechtswahl in ein und demselben Staat belegen sind. Bei solchen Binnensachverhalten kann eine Rechtswahl nicht zu Abweichungen von zwingenden Bestimmungen des jeweiligen Staates führen.

Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 3 Abs. 3 nur den Fall betrifft, dass die Parteien eine Rechtswahl getroffen haben. Dies ist auch sinnvoll, denn bei objektiver Anknüpfung findet, wenn alle Teile eines Sachverhalts mit nur einer Rechtsordnung verbunden sind, diese mitsamt ihren zwingenden Bestimmungen ohnehin Anwendung. Die Bezeichnung des gewählten Rechts als „ausländischen“ in Abs. 3 ist dabei missverständlich: Das gewählte Recht muss nicht ausländisch im Verhältnis zum Forum sein, sondern ausländisch im Verhältnis zu dem Staat, mit dem alle Teile des Sachverhalts verbunden sind (dieser kann dann durchaus auch der Forumstaat sein)¹⁰⁶¹. Art. 27 Abs. 3 EGBGB korrigiert diese Missverständlichkeit.

Art. 3 Abs. 3 definiert „zwingende Bestimmungen“ als solche, „von denen nach dem Recht jenes Staates durch Vertrag nicht abgewichen werden kann.“ Hierbei geht es um Vorschriften, die Parteien in einem reinen Inlandsfall nicht durch Vertrag abbedingen können¹⁰⁶², sogenannte intern zwingende Bestimmungen¹⁰⁶³. Die Normen werden allein durch ihre Vertragsfestigkeit definiert¹⁰⁶⁴: Es sind solche, über die die Parteien nicht privatautonom disponieren können.

II. *Sondervorschriften für Verbraucher- und Arbeitsverträge*

Einen anderen Aspekt von zwingenden Bestimmungen behandeln die Artt. 5 und 6 EVÜ mit ihren Sondervorschriften für Verbraucher- und Arbeitsverträge. Während es im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 generell um intern zwingende Bestimmungen geht, behandeln die Artt. 5 und 6 Teilbereiche des Sonderprivatrechts. Sie bezwecken die Durchsetzung sozialpolitisch motivierter Schutzbestimmungen¹⁰⁶⁵ zwecks Ausgleichs typischer Ungleichgewichtslagen zwischen den Vertragsparteien¹⁰⁶⁶. Das Kollisionsrecht nimmt hier auf sachrechtliche Wertungen

¹⁰⁶⁰ Nach *Schurig*, *RabelsZ* 54 (1990), 217, 223 sind nur „irgendwie kollisionsrechtlich sinnvolle“ Elemente in Betracht zu ziehen, nötig sei eine Beziehung zu einem anderen Staat, der „über ein kollisionsrechtliches Interesse mit dem Sachverhalt verbunden ist“; vgl. auch *E. Lorenz*, *RIW* 1987, 569, 575.

¹⁰⁶¹ *Cheshire/North* S. 557 f.; *Smith* S. 336.

¹⁰⁶² *Junker*, *IPRax* 1989, 69, 71; *Wördemann*, S. 80.

¹⁰⁶³ Weiter sind die Bezeichnungen „einfach zwingende Normen“ und „national zwingende Normen“ gebräuchlich, vgl. *Wördemann*, S. 81 m.w.N.

¹⁰⁶⁴ *Junker*, *IPRax* 1989, 69, 72.

¹⁰⁶⁵ *Schurig*, *RabelsZ* 54 (1990), 217, 224; *Junker*, *IPRax* 1989, 69, 72.

¹⁰⁶⁶ *Von Hoffmann*, *IPRax* 1989, 261, 266.

und Schutzziele Rücksicht¹⁰⁶⁷. Der Grund dafür ist, dass sonst durch eine Rechtswahl materielle Schutzbestimmungen ausgehebelt werden könnten, indem beispielsweise ein Recht gewählt wird, das keinen Verbraucherschutz vorsieht¹⁰⁶⁸. Es muss sich hierbei um zwingende Bestimmungen im Sinne des Art. 3 Abs. 3 handeln¹⁰⁶⁹, die Sonderprivatrecht für die behandelten Bereiche (Verbraucher- / Arbeitsverträge) sind¹⁰⁷⁰. Dabei ist unmaßgeblich, ob sich die fraglichen Normen in ihrem Schutzbereich auf Verbraucher oder Arbeitnehmer beschränken oder generell gefasst sind, sondern vielmehr, ob sie den als schwächer vermuteten Vertragspartner in seiner Rolle als Verbraucher oder Arbeitnehmer schützen wollen¹⁰⁷¹. Neben der Vertragsfestigkeit kommt es hier entscheidend auf den Schutzzweck an¹⁰⁷². Ein weiterer Unterschied zu Art. 3 Abs. 3 ist, dass dessen zwingende Bestimmungen bei Vorliegen eines Binnensachverhalts absolut gelten, während die der Artt. 5 und 6 nur relativ im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs, also eines auf die jeweilige Rechtsfrage zugeschnittenen Ergebnisvergleichs¹⁰⁷³, gelten¹⁰⁷⁴. Während bei Artt. 5 und 6 im Rahmen der objektiven Anknüpfung diejenige Rechtsordnung Anwendung findet, welche die Schutzinteressen der schwächeren Partei kollisionsrechtlich am besten verwirklicht, haben die durch Artt. 5 und 6 berufenen zwingenden Bestimmungen im Rahmen der Parteiautonomie eine andere Funktion: Eine Rechtswahl bleibt möglich, es kommt aber eine rechtswahlergänzende Anknüpfung zwingenden Rechts zum Tragen¹⁰⁷⁵. Wie bei Art. 3 Abs. 3 üben die zwingenden Bestimmungen der Artt. 5 und 6 ihre Funktion nur bei Vorliegen einer Rechtswahl aus.

Die in Artt. 5 und 6 behandelten zwingenden Bestimmungen werden unabhängig davon angewendet, ob sie solche des Forums oder eines Drittstaates sind, es kommt allein auf die Eigenschaft als Staat der *lex causae* und als Staat des gewöhnlichen Verbraucheraufenthalts, des gewöhnlichen Arbeitsortes oder des Ortes der einstellenden Niederlassung an. Es handelt sich folglich um allseitige Sonderanknüpfungen¹⁰⁷⁶. Anders als bei Art. 7 Abs. 1¹⁰⁷⁷ besteht kein Anwendungsermessen bei zwingenden Bestimmungen einer anderen Rechtsordnung als der *lex fori*; auch ist keine Vorbehaltsmöglichkeit für die Vertragsstaaten vorgesehen. Diese Deferenz gegenüber drittstaatlichem Recht zeugt von einem diesem entgegengebrachten Vertrauensvorschuss, der sich nicht allein aus der *comitas* erklären

¹⁰⁶⁷ Roth in Schnyder/Heiss/Rudisch, 34, 36.

¹⁰⁶⁸ Audit S. 642.

¹⁰⁶⁹ Bei beiden Normenkomplexen handelt es sich also um intern (national) zwingende Vorschriften; daher sieht von Bar I Rn. 441 m.w.N. den Begriff der zwingenden Bestimmungen in Art. 3 Abs. 3 und Art. 5 als identisch an.

¹⁰⁷⁰ Junker, IPRax 1989, 69, 72.

¹⁰⁷¹ Roth in Reichert-Facilides, 1, 31 (zu Verbrauchern).

¹⁰⁷² Junker, IPRax 1989, 69, 72.

¹⁰⁷³ Czernich/Heiss-Heiss Art. 5 Rn. 60 m.w.N.; gegen eine Auslegung als abstrakten Gesamtgünstigkeitsvergleich vgl. etwa E. Lorenz, RIW 1987, 569, 577.

¹⁰⁷⁴ Junker, IPRax 1989, 69, 72; 60; Foyer, J.Dr.Int'l 118 (1991), 601, 612 f.; Smith S. 369 wendet dagegen bei Vorteilhaftigkeit des gewählten Rechts die aus der Equity hervorgegangene „estoppel“-Theorie an. In der Folge ist umstritten, welcher Norm bei Einschlägigkeit sowohl von Art. 3 Abs. 3 als auch Art. 5 bzw. 6 der Vorrang gebührt: Art. 3 Abs. 3 (E. Lorenz, RIW 1987, 569, 574; Mankowski, RIW 1993, 453, 463; MünchKomm-Martiny Art. 29 EGBGB Rn. 42) oder Art. 5 bzw. 6 (Erman-Hohloch Art. 29 EGBGB Rn. 8 (für Art. 5)).

¹⁰⁷⁵ Vgl. Roth in Reichert-Facilides, 1, 30 (zum Verbraucherschutzrecht).

¹⁰⁷⁶ Von Hoffmann, IPRax 1989, 261, 263.

¹⁰⁷⁷ Dazu sogleich S. 155 ff.

lässt. Entscheidend wird vielmehr sein, dass das EVÜ auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften beschränkt ist, deren Rechtsordnungen sich beständig aufeinanderzubewegen und aus ähnlichen kulturellen Wurzeln stammen. Da es sich beim EVÜ aber um eine *loi uniforme* handelt und nach Art. 2 auch das Recht von Nichtvertragsstaaten zur Anwendung kommen kann, bleibt sie aber doch bemerkenswert. Immerhin kann im Einzelfall eine Korrektur durch den *ordre public* gewährleistet werden¹⁰⁷⁸.

1. Verbraucherverträge: Art. 5 EVÜ

Für Verbraucherverträge (nach der Definition des Art. 5 Abs. 1 und den Einschränkungen der Abs. 4 und 5) schreibt Art. 5 Abs. 2 EVÜ vor, dass eine Rechtswahl nicht dazu führen darf, dass dem Verbraucher der Schutz der zwingenden Bestimmungen¹⁰⁷⁹ seines gewöhnlichen Aufenthaltsstaates entzogen wird, wenn der Vertrag unter einer der dort genannten Alternativen zustandegekommen ist¹⁰⁸⁰. Aus Wortlaut und Normzweck des Verbraucherschutzes ergibt sich, dass durch Art. 5 ein Mindeststandard des sozialen Schutzes gewährleistet werden soll, hinter dem das gewählte Recht nicht zurückbleiben darf¹⁰⁸¹. Daher ist ein konkreter (Einzel-) Günstigkeitsvergleich der Ergebnisse aus Verbrauchersicht vorzunehmen¹⁰⁸². Zu vergleichen sind die auf die jeweilige Streitfrage bezogenen konkreten Ergebnisse nach den beiden Rechtsordnungen¹⁰⁸³. Sind die Vorschriften des gewöhnlichen Aufenthaltsstaates des Verbrauchers danach günstiger als die des gewählten Rechts, sind erstere rechtswahlergänzend zu berücksichtigen¹⁰⁸⁴. Neben Art. 5 Abs. 2 können zwingende Normen des Verbraucherschutzrechts auch durch Art. 7 EVÜ durchgesetzt werden; wegen des vorrangigen (spezielleren) Art. 5 jedoch nur in Bereichen, die von diesem nicht umfasst sind¹⁰⁸⁵. Für andere international zwingende Bestimmungen bleibt Art. 7 anwendbar.

¹⁰⁷⁸ Vgl. unten S. 178 ff.

¹⁰⁷⁹ Zum Begriff vgl. oben und Roth in Schnyder/Heiss/Rudisch, 34, 34 Fn. 3: „Der Begriff umfasst nicht nur Verbraucherschutznormen im engeren Sinne, sondern auch solches zwingendes Privatrecht, dass im allgemeinen Rechtsgeschäftsverkehr zur Anwendung kommt, nicht dagegen öffentlich-rechtliche Normen, die keinen verbraucherschützenden Zweck haben.“

¹⁰⁸⁰ Zu den Anwendungsvoraussetzungen des Art. 5 vgl. ausführlich schon oben S. 99 ff.

¹⁰⁸¹ Kropholler, IPR, §52 V 3; Reichert-Facilids/Jessurun d'Oliveira-Morse, 23, 35.

¹⁰⁸² Rudisch, RabelsZ 63 (1999), 70, 98; Schurig, RabelsZ 54 (1990), 217, 223 m.w.N. auch zur Gegenansicht; zu den Vergleichsmöglichkeiten vgl. Junker, IPRax 1989, 69, 71.

¹⁰⁸³ E. Lorenz, RIW 1987, 569, 577; von Hoffmann §10 Rn. 7; Soergel-von Hoffmann Art. 29 EGBGB Rn. 30 ff.

¹⁰⁸⁴ Roth in Schnyder/Heiss/Rudisch, 34, 34.

¹⁰⁸⁵ Roth, RIW 1994, 275, 277 f.; Roth in Schnyder/Heiss/Rudisch, 34, 44 u. 49; Roth in Reichert-Facilides, 1, 34 f.; Palandt-Heldrich Art. 34 EGBGB Rn. 3; von Hoffmann, IPRax 1989, 261, 266; ebs. wohl BGH, NJW 1997, 1697, 1699; weiter dagegen Rigaux/Fallon Bd. 2 S. 514 u. 574 (Nebeneinander von Art. 7 und Art. 5); a.A. Münch-Komm-Martiny Art. 34 EGBGB Rn. 79a; Lüderitz, IPRax 1990, 216, 219 (nach denen Art. 5 für die dort genannten Verträge eine abschließende Regelung enthält) enger noch Sonnenberger, FS Rebmann, 819, 823; Mankowski, RIW 1993, 453, 462 (keine Anwendung von Art. 7 bei Verbraucherschutznormen, Art. 5 enthält eine abschließende Regelung des internationalen Verbraucherschutzes); a.A. wiederum Cheshire/North S. 583 (Art. 7 Abs. 2 „should be regarded as overriding the other provisions . . . on mandatory rules“); zum Meinungsstand: Roth in Schnyder/Heiss/Rudisch, 34, 37 ff.

2. *Arbeitsverträge: Art. 6 EVÜ*

Die entsprechende Norm des Art. 6 Abs. 1 EVÜ schreibt hinsichtlich Arbeitsverträgen und -verhältnissen vor, dass eine Rechtswahl nicht dazu führen darf, dass dem Arbeitnehmer der Schutz der zwingenden Bestimmungen des Rechts entzogen wird, das mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre. Die objektive Anknüpfung ist in Art. 6 Abs. 2 geregelt und führt in der Regel zur Anwendung des Rechts des gewöhnlichen Arbeitsortes oder des Ortes des einstellenden Niederlassung¹⁰⁸⁶. Zwingende Bestimmungen in diesem Sinne sind alle, die dem Arbeitsvertragsstatut zugerechnet werden können, ungeachtet ihrer öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Natur oder Herkunft aus einem Tarifvertrag¹⁰⁸⁷. Wie bei Verbraucherverträgen ist ein konkreter Günstigkeitsvergleich aus Sicht des Arbeitnehmers vorzunehmen¹⁰⁸⁸. Auch hier können international zwingende Bestimmungen ferner über Art. 7 durchgesetzt werden, wobei der Vorrang des Art. 6 zu beachten ist¹⁰⁸⁹.

III. *International Zwingende Bestimmungen: Art. 7 EVÜ*

1. *Begriff und Allgemeines*

Art. 7 EVÜ ist unabhängig davon anzuwenden, ob das Vertragsstatut objektiv oder subjektiv ermittelt wird und enthält seinerseits zwei unterschiedliche Regelungen: Abs. 2 betrifft zwingende Vorschriften des Forumstaates während Abs. 1 zwingende Bestimmungen eines Drittstaates betrifft. Trotz der leicht unterschiedlichen Terminologie in den Abs. 1 und 2 wird in beiden Kontexten die gleiche Normenkategorie behandelt¹⁰⁹⁰.

Eine genauere Beschreibung der in diesem Zusammenhang behandelten zwingenden Vorschriften ist im EVÜ nicht enthalten, kann aber aus systematischer Auslegung des Übereinkommens gewonnen werden. Den engsten Begriff enthält Art. 3 Abs. 3 EVÜ, der zwar vorgibt, den Begriff der „zwingenden Bestimmungen“ für das gesamte Übereinkommen zu bestimmen, tatsächlich aber allein die intern zwingenden Bestimmungen betrifft. Weiter behandeln auch die Artt. 5 und 6 zwingende Bestimmungen, wobei das Hauptaugenmerk neben der Vertragsfestigkeit auf der Eigenschaft als Sonderprivatrecht liegt. Art. 7 Abs. 1

¹⁰⁸⁶ Vgl. dazu ausführlich schon oben S. 104 ff.

¹⁰⁸⁷ *Kropholler*, IPR, 3. Aufl. 1997, §52 V 2; für die Differenzierung zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Normen dagegen *Morse in North*, *Contract Conflicts*, 143, 162.

¹⁰⁸⁸ *Rudisch*, *RabelsZ* 63 (1999), 70, 100; kritisch zum Günstigkeitsvergleich *Gamillscheg*, *ZfA* 1983, 307, 337 ff.; gegen eine mögliche Auslegung als abstrakter Gesamtgünstigkeitsvergleich vgl. schon oben und *E. Lorenz*, *RIW* 1987, 569, 577.

¹⁰⁸⁹ *Kropholler*, IPR, §52 VI 2 und *Martiny*, *ZEuP* 3 (1995), 67, 83 sehen die Rolle von Art. 7 hier bei der Durchsetzung von international zwingenden Bestimmungen, die primär öffentliche Interessen verfolgen. *Erman-Hohloch* Art. 30 EGBGB Rn. 13 sieht Art. 6 als *lex specialis* zu Art. 7, dieser fungiere hier aber als „Eingangstor für nicht-arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen, die Geltung fordern“. Weil Art. 6 anders als Art. 5 keine situativen Anwendungsvoraussetzungen aufstellt, die seinen Anwendungsbereich einschränken, sondern alle Arbeitsverträge umfasst, stellt sich das Problem der Durchsetzung arbeitsrechtlicher Bestimmungen über Art. 7 weit weniger scharf; *Roth* in *Schnyder/Heiss/Rudisch*, 34, 39; für ein Nebeneinander von Art. 7 und Art. 6 *Rigaux/Fallon* Bd. 2 S. 600; *Morse in North*, *Contract Conflicts*, 143, 166 (bezogen auf Art. 7 Abs. 2).

¹⁰⁹⁰ *Philipp* in *North*, *Contract Conflicts*, 81, 82.

benutzt zwar den Begriff der zwingenden Bestimmungen wie Art. 3 Abs. 3, hat anders als dieser aber echte internationale Verträge im Blick, also solche, denen keine reinen Binnensachverhalte zu Grunde liegen, weil mehr als nur ein Staat „über ein kollisionsrechtliches Interesse mit dem Sachverhalt verbunden ist“¹⁰⁹¹. Eine Anwendung aller intern zwingender Normen bei solchen Verträgen wäre sinnlos, denn sie würde die durch das Übereinkommen gewährte Rechtswahlfreiheit wieder weitgehend negieren. Gleiches gilt für Art. 7 Abs. 2. Auch dieser betrifft – ohne den Begriff zu verwenden – nur international zwingende Normen des Forums. Als weiteres Kriterium neben der bloßen Indisponibilität der fraglichen Norm im erlassenden Staat (wie in Art. 3 Abs. 3) tritt eine Unterscheidung nach dem Grad der Verbindlichkeit hinzu¹⁰⁹².

Dieser Unterschied in der Qualität der behandelten Normen spiegelt sich besonders deutlich in der französischen Fassung des Übereinkommens wieder¹⁰⁹³, die in Art. 3 Abs. 3 den Begriff der „dispositions impératives“ einführt, Art. 7 aber mit dem engeren Begriff der „lois de police“ überschreibt, die als solche Gesetze verstanden werden, die „internationalement impératif“ sind¹⁰⁹⁴. Die international zwingenden Normen des Art. 7 sind also nicht nur in rein internen Sachverhalten zwingend anzuwenden (dort aber auch), sondern ordnen ihre Geltung darüber hinaus sogar in internationalen Sachverhalten mit Geltung einer fremden *lex causae* an. Die englische Bezeichnung solcher Normen als „rule overriding the applicable law“ (overriding mandatory rules)¹⁰⁹⁵, hilft über die undeutliche deutsche Terminologie hinweg. Die international zwingenden Normen des Art. 7 setzen sich auch gegen das Vertragsstatut durch¹⁰⁹⁶. Im Unterschied zu den zwingenden Bestimmungen der vorgenannten Artikel geht es bei Art. 7 nur um solche Bestimmungen, die mit einem kollisionsrechtlichen Eingriffsbefehl ausgestattet sind, sei dieser ausdrücklich ausgesprochen oder erst durch Auslegung (nach dem Recht des Staates, dem die fragliche Norm entstammt¹⁰⁹⁷) zu ermitteln¹⁰⁹⁸. In den Grenzen des Völkerrechts ist jeder Staat frei, bestimmte Normen für international zwingend zu erklären¹⁰⁹⁹. Regelmäßig ist ein gewisser Inlandsbezug erforderlich, der die Anwendung der international zwingenden Norm rechtfertigt¹¹⁰⁰. Zwingende Bestimmungen in diesem

¹⁰⁹¹ Vgl. Schurig *RabelsZ* 54 (1990), 217, 223.

¹⁰⁹² MünchKomm-Martiny Art. 34 EGBGB Rn. 6.; Wördemann, S. 81.

¹⁰⁹³ Zur gesteigerten Authentizität der französischen Fassung siehe schon oben S. 45 ff.

¹⁰⁹⁴ *Audit* S. 647; Foyer, *J.Dr.Int'l* 118 (1991), 601, 629 weist freilich darauf hin, dass der Begriff der „lois de police“ sich im Text nicht widerspiegelt, woraus geschlossen wird, dass Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen „lois de police, règles matérielles internationales ou lois de droit public“ vermieden werden sollten. Vielmehr sei *a priori* nach dem Anwendungswillen der einzelnen Norm zu fragen.

¹⁰⁹⁵ *Cheshire/North* S. 578; *Smith* S. 354.

¹⁰⁹⁶ Wördemann, S. 81.

¹⁰⁹⁷ Kropholler, IPR, §52 IX 1; vgl. auch von Hoffmann, IPRax 1989, 261, 264 ff; Reichert-Facilids/Jessurun d'Oliveira-Morse, 23, 31; Philip in North, *Contract Conflicts*, 81, 82; *Loussouarn/Bourel* S. 426.

¹⁰⁹⁸ Junker, IPRax 1989, 69, 73; E. Lorenz, *RIW* 1987, 569, 578.

¹⁰⁹⁹ Kropholler, IPR, §52 IX.

¹¹⁰⁰ Staudinger-Magnus Art. 34 EGBGB Rn. 72 ff.; MünchKomm-Martiny Art. 34 EGBGB Rn. 94; *Smith* S. 355; a.A. demgegenüber Radtke, *ZVglRWiss* 84 (1985), 325, 331, der den Inlandsbezug nur bei der Auslegungsfrage berücksichtigt, ob ein Anwendungswille besteht; ebs. wohl Hartley, *Eur. L. Rev.* 4 (1979), 236, 241, nach dem „such rules will apply even if the country of the forum has no significant connection with the situation“.

Sinne sind aber nicht nur gesetzliche, sondern etwa auch solche des Common Law¹¹⁰¹ oder des Gewohnheitsrechts.

Der entscheidende Unterschied zwischen den zwingenden Bestimmungen der Artt. 3 Abs. 3 und Art. 7 (eine identische Auslegung ließe jede kollisionsrechtliche Rechtswahl sinnlos werden) ist also der kollisionsrechtliche Eingriffsbefehl. Der Unterschied zu den Artt. 5 und 6 liegt nur teilweise im Gehalt der berufenen Normen: So geht es bei Art. 7 zwar primär um Eingriffsnormen i.e.S.¹¹⁰², also solche die dem Schutz öffentlicher Interessen dienen, den klassischen Eingriffsnormen¹¹⁰³ (beispielsweise Vorschriften des Kartell- und Wettbewerbsrechts, sowie des Beförderungsrechts)¹¹⁰⁴. Insoweit ist Art. 7 enger als die Artt. 5 und 6. Da aber auch Eingriffsnormen i.w.S. (also solche, die wie die von Artt. 5 und 6 erfassten, auch Privatinteressen ausgleichen, also auch Sonderprivatrecht) von Art. 7 erfasst sind, wie schon der Bericht von *Giuliano/Lagarde* mit der Nennung des Verbraucherschutzrechts verdeutlicht¹¹⁰⁵, muss die Abgrenzung zu den Artt. 5 und 6 im Bereich der Eingriffsnormen i.w.S. nach dem überwiegenden Regelungszweck¹¹⁰⁶ und nicht nach der Normqualität erfolgen.

Um die spezielleren Artt. 5 und 6 (insbesondere deren Günstigkeitsvergleich) bei dieser weiten Auslegung des Art. 7 (als eine Sonderanknüpfung von Sonderprivatrecht ermöglichend) nicht leer laufen zu lassen, muss Art. 7 bei Eingreifen dieser beiden Normen, wendet man ihn überhaupt an¹¹⁰⁷, zumindest auf Eingriffsnormen i.e.S. beschränkt werden. Primär aber nicht ausschließlich geht es demnach bei Art. 7 um Normen, die sich der Wahrung öffentlicher Interessen verschrieben haben¹¹⁰⁸ (Eingriffsnormen i.e.S.¹¹⁰⁹).

Grundsätzlich bestehen zwei Möglichkeiten, solchen Normen Geltung zu verschaffen: Zum einen auf kollisionsrechtlichem Weg (sei es durch eine auf *Wengler* zurückgehende¹¹¹⁰ Sonderanknüpfung, sei es durch Zurechnung der betreffenden Normen zum jeweiligen Sta-

¹¹⁰¹ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 59.

¹¹⁰² Zum Begriff der Eingriffsnormen i.e.S. und i.w.S. vgl. Czernich/Heiss-Heiss Art. 7 Rn. 3.

¹¹⁰³ Allerdings werden auch doppelbedeutsame Bereiche wie das Wohnraummietrecht für Eingriffsnormen in diesem Sinne gehalten; vgl. *von Hoffmann*, IPRax 1989, 261, 264 ff. m.w.N.; *E. Lorenz*, RIW 1987, 569, 576; *von Hoffmann*, RabelsZ 38 (1974), 396, 408 weist darauf hin, dass der Schutz Privater heute „genuine öffentliche Aufgabe“ ist und daher „eine exakte Grenzziehung zwischen öffentlichem Wohl und privatem Interessenausgleich nicht möglich [ist].“; ähnlich spricht *Junker*, IPRax 1989, 69, 73 vom „Schutz von Grundanschauungen“.

¹¹⁰⁴ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 60; weitere Beispiele bei Czernich/Heiss-Heiss Art. 7 Rn. 10 – 29.

¹¹⁰⁵ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 60; weitere Argumente bei *Roth* in Schnyder/Heiss/Rudisch, 34, 43 f.; auch die französische Bedeutung der „lois de police“ spricht für diese Sichtweise, vgl. etwa das Beispiel bei *Audit* S. 647: Widerrufsrecht bei einem Fernunterrichtsvertrag als „loi de police“; vgl. auch *von Hoffmann*, IPRax 1989, 261, 264 m.w.N.; Czernich/Heiss-Heiss Art. 7 Rn. 3; *E. Lorenz*, RIW 1987, 569, 579 nennt das vorwiegende Gemeininteresse oder wirtschafts- oder staatspolitische Erlassgründe „keine unverzichtbaren Merkmale einer Eingriffsnorm.“; a.A. etwa *Sonnenberger*, FS Rebmann, 819, 822 (nur Eingriffsnormen i.e.S.); gegen eine Anwendung des Art. 7 auf Sonderprivatrecht auch MünchKomm-Martiny Art. 34 EBGBG Rn. 13 ff. m.w.N.

¹¹⁰⁶ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 6 Rn. 1.

¹¹⁰⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. 1085.

¹¹⁰⁸ Es geht aber nicht um die Differenzierung zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Normen, vgl. *Jackson* in North, Contract Conflicts, 59, 64 gegen *Philips* in North, Contract Conflicts, 59 ff.

¹¹⁰⁹ Zur Terminologie: Czernich/Heiss-Heiss Art. 7 Rn. 3.

¹¹¹⁰ *Wengler*, ZVglRWiss 54 (1941), 168, 168 ff.

tut¹¹¹¹), zum anderen durch den sachrechtlichen Weg der Berücksichtigung ihrer faktischen Auswirkungen innerhalb der *lex causae*¹¹¹².

Gelangt eine international zwingende Norm zur Anwendung, so bestimmt sie die primäre Rechtsfolge, Folgefragen, die nicht ihren Anwendungsbereich betreffen, sind dagegen der *lex causae* zu entnehmen¹¹¹³. Die Normen des Art. 7 gelten absolut, ein Günstigkeitsvergleich, etc. wird nicht durchgeführt¹¹¹⁴.

2. *Zwingende Bestimmungen des Forums, Art. 7 Abs. 2 EVÜ*

Art. 7 Abs. 2 bestimmt, dass das EVÜ die Anwendung solcher Vorschriften des Forums nicht berührt, die den Sachverhalt ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht zwingend regeln. Die Rechtfertigung der Anwendung dieses zwingenden Rechts ergibt sich aus der Anrufung des Gerichts eines gewissen Staates¹¹¹⁵.

Die Vorschrift wird als „Öffnungsklausel zugunsten der Vertragsstaaten“ bezeichnet, die dadurch eine Sonderanknüpfung gegen das in Artt. 3 ff. festgelegte Vertragsstatut praktizieren können¹¹¹⁶. Es wurde also der Weg einer Berücksichtigung zwingender Bestimmungen mittels einer Sonderanknüpfung beschritten. Bei Art. 7 Abs. 2 handelt es sich nicht um eine Kollisionsnorm, diese ergibt sich aus der jeweiligen nationalen Bestimmung selbst¹¹¹⁷, vielmehr geht es nur um eine Klarstellung, dass die Vertragsstaaten solche Normen erlassen und anwenden können¹¹¹⁸.

Da auch Sonderprivatrecht von Art. 7 mitumfasst ist, sind in den Bereichen des Verbraucherschutzes und des Arbeitsrechts die vorrangig anwendbaren spezielleren Artt. 5 und 6 zu beachten¹¹¹⁹.

¹¹¹¹ Radtke, ZVglRWiss 84 (1985), 325, 329 (betreffend inländische Eingriffsnormen).

¹¹¹² Busse, ZVglRWiss 95 (1996), 386, 390 f.

¹¹¹³ Czernich/Heiss-Heiss Art. 7 Rn. 8.

¹¹¹⁴ Junker, IPRax 1989, 69, 73; einschränkend E. Lorenz, RIW 1987, 569, 580 für den Fall, dass die Norm ganz überwiegend privatnützig ist und keinen unabdingbaren gesetzlichen Kompromiss zwischen den Interessen der typisch schwächeren und der typisch stärkeren Vertragspartei darstellt.

¹¹¹⁵ Denkschrift zum Übereinkommen BT Drucksache 10/503, S. 21, 29.

¹¹¹⁶ Roth in Schnyder/Heiss/Rudisch, 34, 46; Roth, RIW 1994, 275, 277; Baumert, EWS 1995, 57, 65; MünchKomm-Sonnenberger Einl. IPR Rn. 60; MünchKomm-Martiny Art. 34 EGBGB Rn. 93; zu den europarechtlichen Grenzen der Schaffung solcher Normen vgl. Czernich/Heiss-Heiss Art. 7 Rn. 5 m.w.N. und zu den konventionsimmanenten Grenzen vgl. Roth in Schnyder/Heiss/Rudisch, 34, 49.

¹¹¹⁷ Borges, ZIP 1999, 565, 571; Wördemann, S. 106 verdeutlicht, dass es methodisch um die – zumindest gedankliche – Herausbildung einer einseitigen Kollisionsregel geht, die als *lex specialis* die bestehende allgemeine Verweisungsvorschrift verdrängt.

¹¹¹⁸ Roth in Schnyder/Heiss/Rudisch, 34, 36; Wördemann, S. 106, der auf S. 109 feststellt, dass die Grenze der Herausbildung derartiger einseitiger Kollisionsregeln dort zu ziehen ist, wo sich in den bestehenden Kollisionsnormen bereits eine abschließende kollisionsrechtliche Interessenbewertung des Gesetzgebers manifestiert.

¹¹¹⁹ Je nach Auffassung, was zu den „Eingriffsnormen“ gehört, ergeben sich hier Überschneidungen. Fasst man sonderprivatrechtliche Normen unter den Begriff der „Eingriffsnorm“ so müssen die Artt. 5 und 6 Vorrang als *leges speciales* genießen. Nach herkömmlicher Auffassung verhalten sie dagegen einer anderen Kategorie von Normen zur Durchsetzung als Art. 7.

3. *Zwingende Bestimmungen eines Drittstaates, Art. 7 Abs. 1 EVÜ*

Art. 7 Abs. 1 EVÜ eröffnet die Möglichkeit, zwingende Bestimmungen eines Drittstaates, also eines anderen Staates als des Forums (für diesen gilt Art. 7 Abs. 2) oder der *lex causae*¹¹²⁰ auf den Vertrag anzuwenden. Damit wird die maßgeblich von *Wengler*¹¹²¹ beeinflusste Lehre anerkannt, dass neben dem Staat, mit dem der Vertrag die engste Verbindung aufweist, enge Verbindungen zu anderen Staaten bestehen können, die ihrerseits legitime Interessen an der Beachtung für sie essentieller Normen haben¹¹²². Ein typischer Fall, der besonders in der englischen Literatur diskutiert wird, ist der einer geschuldeten Leistung, die in dem Staat, in welchem sie erbracht werden muss, rechtswidrig ist¹¹²³.

Art. 7 Abs. 1 ist nur beim Zusammentreffen zweier Voraussetzungen anwendbar: Zum einen muss es sich um Vorschriften handeln, die nach dem Recht des Drittstaates „ohne Rücksicht darauf anzuwenden sind, welchem Recht der Vertrag unterliegt.“ Dies bedeutet, dass es sich wie bei Art. 7 Abs. 2 um international zwingende Normen handeln muss, also um solche, die sich einen vertragsstatutenabhängigen Anwendungsbereich zuschreiben¹¹²⁴. Die andere Bedingung ist, dass die Beziehung des Sachverhalts (nicht bloß der Streitfrage) zu dem anderen Staat eng ist, es sich also um eine echte Verbindung handelt¹¹²⁵. Eine echte Verbindung besteht beispielsweise dann, wenn der Vertrag in dem anderen Staat erfüllt werden muss, oder wenn eine Partei in diesem anderen Staat ihren Aufenthalt oder ihr Geschäftszentrum hat¹¹²⁶. Zur Ermittlung einer engen Verbindung können im Rahmen des Art. 7 Abs. 1 all die Verbindungen herangezogen werden, die bei Art. 4 EVÜ zur Ermittlung der engsten Verbindung herangezogen werden können¹¹²⁷.

Ob diesen zwingenden Vorschriften eines Drittstaates Wirkung verliehen wird, ist wie die Verwendung des Terminus „kann“ deutlich macht, eine Ermessensentscheidung. Eine ermessensleitende Vorschrift enthält Art. 7 Abs. 1 S. 2, wonach „[b]ei der Entscheidung, ob diesen zwingenden Bestimmungen Wirkung zu verleihen ist, . . . ihre Natur und ihr Gegenstand sowie die Folgen zu berücksichtigen [sind], die sich aus ihrer Anwendung oder Nichtanwendung ergeben würden.“ Es handelt sich um einen Abwägungsprozess, bei dem zwei determinierende Kriterien vorgegeben sind: Zum einen Natur und Gegenstand der fraglichen Bestimmungen und zum anderen die Folgen, die sich aus ihrer Anwendung oder Nichtanwendung ergeben. Das Kriterium der Natur und des Gegenstands der Bestimmung verlangt nach seiner Entstehungsgeschichte¹¹²⁸ die Anwendung drittstaatlicher Eingriffsnormen dann,

¹¹²⁰ Dazu unten S. 180 ff.

¹¹²¹ *Wengler*, ZVglRWiss 54 (1941), 168, 168 ff.

¹¹²² *Lagarde*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 322.

¹¹²³ Vgl. die englische Entscheidung *Regazzoni v. Sethia* [1958] A.C. 301; *Hartley*, Eur.L.Rev. 4 (1979), 236, 241.

¹¹²⁴ *Roth* in *Reichert-Facilides*, 1, 38.

¹¹²⁵ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 59.

¹¹²⁶ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 59.

¹¹²⁷ *Czernich/Heiss-Heiss* Art. 7 Rn. 38 nennt gewöhnlichen Aufenthalt, Hauptverwaltung, Haupt- oder vertragsrelevante Zweigniederlassung, Belegenheit von Grundstücken, etc.

¹¹²⁸ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 59.

wenn sie inhaltlich auf einem internationalen Konsens beruhen¹¹²⁹. Fehlen solche internationalen Standards, sind die fraglichen Normen vor dem Hintergrund der *lex fori* zu betrachten¹¹³⁰. Mit dem zweiten Kriterium, den Folgen einer Anwendung bzw. Nichtanwendung der fraglichen Normen, soll beispielsweise die Anwendung möglicherweise widersprüchlicher zwingender Bestimmungen mehrerer Staaten geregelt werden. Die Formulierung „Wirkung zu verleihen“ erlaubt es, die Vorschriften in Einklang zu bringen¹¹³¹, was durch eine Abwägung der Regelungsinteressen zu geschehen hat¹¹³². Zu den Folgen einer Anwendung oder Nichtanwendung gehört auch die Beachtung eventuell erforderlicher Vollstreckungs- oder Anerkennungshandlungen¹¹³³ in einem dritten Staat¹¹³⁴. Aufgrund der zwingenden Ausgestaltung von Art. 7 Abs. 2 besitzen die entsprechenden Forumsvorschriften immer Anwendungsvorrang gegenüber drittstaatlichen international zwingenden Bestimmungen¹¹³⁵.

Ergibt die Abwägung, dass der drittstaatlichen Eingriffsnorm Wirkung zu verleihen ist, dann ist ihr wie im Rahmen des Art. 7 Abs. 2 grundsätzlich nur die Sanktion zu entnehmen, Folgefragen richten sich nach der *lex causae*, sofern die Eingriffsnorm keine Abweichung erfordert¹¹³⁶. Die gegenüber Art. 7 Abs. 2 abgeschwächte Formulierung erlaubt es aber auch, abweichende Sanktionen heranzuziehen, wenn durch diese dem Zweck der drittstaatlichen zwingenden Bestimmung entsprochen wird¹¹³⁷. Berücksichtigungspflichten können sich außerhalb des EVÜ auch aus dem in Art. 10 EGV verankerten Grundsatz der Gemeinschaftstreue¹¹³⁸ sowie aus anderen internationalen Vereinbarungen ergeben¹¹³⁹.

Insgesamt handelt es sich bei Art. 7 Abs. 1 um eine „Anhäufung weicher Formeln“¹¹⁴⁰, die dazu führt, dass er gar als „mysteriös“ bezeichnet wird¹¹⁴¹. Aufgrund der damit verbundenen Rechtsunsicherheit kann gegen Art. 7 Abs. 1 nach Art. 22 Abs. 1 lit. a) EVÜ ein Vorbehalt eingelegt werden¹¹⁴².

¹¹²⁹ Czernich/Heiss-Heiss Art. 7 Rn. 41 m.w.N. folgert daraus beispielsweise, dass von der Völkergemeinschaft erlassene Regelungen wie etwa UN-Embargos sowie Regelungen des Kulturgüterschutzes und des Umweltrechts dieses Kriterium bestehen, nicht dagegen zwingende Vorschriften eines EG-Mitgliedstaates, die einer Pflicht zur Rechtsangleichung widersprechen.

¹¹³⁰ Czernich/Heiss-Heiss Art. 7 Rn. 41. Grenze der Anwendung drittstaatlicher international zwingender Bestimmungen soll die Inkompatibilität mit der *lex fori* sein, die allerdings weniger eng als der *ordre public* zu sehen sei. Bei Eingriffsnormen des Vertragsstatuts bleibe demgegenüber nur eine Kontrolle am Maßstab des *ordre public*.

¹¹³¹ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 60.

¹¹³² MünchKomm-Martiny Art. 34 EGBGB Rn. 120; Coester, ZVglRWiss 82 (1983) 1, 25 f.

¹¹³³ Coester, ZVglRWiss 82 (1983) 1, 26.

¹¹³⁴ Ein weiteres typisches Beispiel sind zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts, wie etwa das Arbeitsschutzrecht oder das Arbeitszeitrecht eines ausländischen Arbeitsortes; Birk, RdA 1999, 13, 15.

¹¹³⁵ Erman-Hohlloch Art. 34 EGBGB Rn. 25.

¹¹³⁶ Czernich/Heiss-Heiss Art. 7 EGBGB Rn. 44.

¹¹³⁷ Czernich/Heiss-Heiss Art. 7 EGBGB Rn. 45.

¹¹³⁸ Roth, RabelsZ 55 (1991), 623, 662 ff.

¹¹³⁹ Czernich/Heiss-Heiss Art. 7 Rn. 39 u. 46 ff.

¹¹⁴⁰ E. Lorenz, RIW 1987, 569, 580; kritisch auch Coester, ZVglRWiss 82 (1983) 1, 29 f.; Wördemann, S. 324 m.w.N.

¹¹⁴¹ Foyer, J.Dr.Int'l 118 (1991) 601, 630.

¹¹⁴² Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 324 bemerkt dazu, dass „l'incertitude sera plus grande encore dans les Etats qui auront fait la réserve, car les juges y seront laissés à leurs seules lumières, sans même le secours d'une directive générale.“; siehe bereits oben S. 42 ff.

IV. *International Zwingende Formvorschriften, insb. Art. 9 Abs. 6 EVÜ*

Eine weitere Sondervorschrift über zwingende Bestimmungen ist in Art. 9 Abs. 6 EVÜ enthalten. Die Norm schreibt parallel zu Art. 4 Abs. 3 EVÜ¹¹⁴³ vor, dass Verträge, die ein dingliches Recht an einem Grundstück oder ein Recht zur Nutzung eines Grundstücks zum Gegenstand haben, nach den zwingenden Formvorschriften der *lex rei sitae* zu beurteilen sind, sofern diese Formvorschriften nach dem Recht des Belegenheitsstaates ohne Rücksicht auf den Ort des Vertragsabschlusses und das auf den Vertrag anwendbare Recht gelten. Bei dieser Norm, die wie Art. 4 Abs. 3 nur Verträge über *ius ad rem* betrifft, geht es, wie die Formulierung deutlich macht, nur um international zwingende Normen des Belegenheitsorts. Art. 9 Abs. 6 enthält wie Art. 7 eine Öffnungsklausel, die den Staaten den Erlass derartiger Formvorschriften gestattet¹¹⁴⁴. Die Vorschrift geht über Art. 7 EVÜ hinaus, da die entsprechenden Normen der *lex rei sitae* unbedingt zur Anwendung berufen werden, was nur bei Eingreifen des Art. 7 Abs. 2 (also wenn der Belegenheitsort der Sache auch Forumstaat ist), nicht aber bei Art. 7 Abs. 1 der Fall wäre. Der Beurteilungsspielraum des Art. 7 Abs. 1 sollte ausgeschaltet werden¹¹⁴⁵. *Giuliano* und *Lagarde* weisen in ihrem Bericht darauf hin, dass solche Normen selten sind¹¹⁴⁶. In der Tat gilt selbst der strenge deutsche § 313 BGB nicht als international zwingend¹¹⁴⁷. Über Art. 9 Abs. 6 hinaus können auch andere international zwingende Formvorschriften einer Sonderanknüpfung unterworfen werden, diese hat aber von dem allgemeinen Art. 7 auszugehen.

V. *Zusammenfassung: Die Systematik der Zwingenden Bestimmungen im EVÜ*

Zusammenfassend ergibt sich folgende Systematik der zwingenden Bestimmungen im EVÜ: Art. 3 Abs. 3 behandelt nur intern zwingende Bestimmungen. Die Artt. 5 und 6 behandeln zwei Bereiche des Sonderprivatrechts, nämlich zwingende Bestimmungen des Verbraucherschutz- und Arbeitsrechts. Art. 7 regelt international zwingende Bestimmungen, zu verstehen als Eingriffsnormen i.w.S. Er umfasst folglich neben Normen, die primär auf die Wahrung öffentlicher Interessen gerichtet sind, auch Sonderprivatrecht, wenn dieses nach dem Willen des Erlassstaates international zwingend ist. Eine eigenständige Funktion der Artt. 5 und 6 bleibt bei diesem (strittigen¹¹⁴⁸) weiten Verständnis von Art. 7 dennoch bestehen: Sie sehen eine zwingend allseitige Sonderanknüpfung vor, während Art. 7 Abs. 2 nur einseitig zwingend ist und Art. 7 Abs. 1 nur fakultativ allseitig. Damit erhöhen sie die Schutzintensität beträchtlich. Die Spezialnorm des Art. 9 Abs. 6 schaltet in ihrem Anwendungsbereich das Ermessen des Art. 7 Abs. 1 aus.

¹¹⁴³ Vgl. schon oben S. 63 ff.

¹¹⁴⁴ Czernich/Heiss-Heiss Art. 9 Rn. 40.

¹¹⁴⁵ Czernich/Heiss-Heiss Art. 9 Rn. 41.

¹¹⁴⁶ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 64.

¹¹⁴⁷ Palandt-*Heinrichs* § 313 BGB Rn. 4. m.w.N.

¹¹⁴⁸ Vgl. soeben.

§ 2 Die Systematik der Konvention von Mexiko

I. Einführung

Auch bei der Konvention von Mexiko kann ein Vertrag nicht von den zwingenden Normen einer jeden Rechtsordnung gelöst werden¹¹⁴⁹, es wird jedoch ein anderer Mechanismus als beim EVÜ verwendet. Während das EVÜ das Konzept der zwingenden Bestimmungen in fünf verschiedenen Artikeln behandelt, begnügt sich die Konvention von Mexiko mit der Regelung des Art. 11. Sie sieht – insofern vergleichbar mit Art. 7 des Vorentwurfs zum EVÜ¹¹⁵⁰ – nur eine Generalklausel vor und verzichtet auf Sonderanknüpfungen. Grund dafür ist, dass der Sonderanknüpfungen beinhaltende Ansatz des EVÜ schon frühzeitig als unzureichend kritisiert, und eine Generalklausel für vorzugswürdig gehalten wurde¹¹⁵¹.

Art. 11 findet ohne Rücksicht darauf Anwendung, ob das Vertragsstatut durch Rechtswahl oder durch objektive Anknüpfung ermittelt wurde. Unabhängig von dem Recht, das der Richter auf den Vertrag anwendet, bestimmt Art. 11 Abs. 1, dass die zwingenden Bestimmungen des Forums immer angewendet werden müssen. Art. 11 Abs. 2 sieht vor, dass die Anwendung drittstaatlicher zwingender Bestimmungen erfolgen kann. Beide Absätze sprechen die gleiche Kategorie der „zwingenden Bestimmungen“ an. Trotz der leicht unterschiedlichen Formulierung – „provisions . . . when they are mandatory requirements“ in Abs. 1 gegenüber „mandatory provisions“ in Abs. 2 – ergeben sich keine sachlichen Unterschiede; in beiden Absätzen wird der selbe Normenkomplex der „mandatory provisions“ angesprochen.

Bei Art. 11 handelt es sich, wie schon die Stellung im zweiten Kapitel, „Bestimmung des Anwendbaren Rechts“, deutlich macht, nicht um eine Ausnahmvorschrift, sondern um die reguläre Bestimmung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts¹¹⁵². Finden „zwingende Bestimmungen“ auf einen Vertrag Anwendung, bleibt der Vertrag im übrigen dem sonst anwendbaren Recht unterworfen, insbesondere natürlich dessen imperativen Normen¹¹⁵³.

¹¹⁴⁹ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 384.

¹¹⁵⁰ Vorentwurf eines Übereinkommens über das auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (Kommission Dok. Nr. XIV/398/72 Rev.:1), Art. 7: *„Weist der Vertrag auch Verbindungen mit einem anderen als dem Staat auf dessen Recht nach den Artikeln . . . anwendbar ist, und enthält das Recht dieses anderen Staates Vorschriften, die den Sachverhalt zwingend in einer Weise regeln, welche die Anwendung jedes anderen Rechts ausschließt, so werden diese Vorschriften insoweit berücksichtigt, als ihre Art und ihr besonderer Zweck diese Ausschließlichkeit rechtfertigen können.“*

¹¹⁵¹ *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 68.

¹¹⁵² *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 391.

¹¹⁵³ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 384.

II. Begriffsbestimmung

Gegenstand heftiger Diskussionen sowohl beim Tuscon-Treffen als auch in Mexiko war die Frage, was genau unter „zwingenden Bestimmungen“ zu verstehen ist¹¹⁵⁴. Der Wortlaut des Art. 11 mit seiner „unbestimmten Formulierung“¹¹⁵⁵ von „mandatory provisions“ beziehungsweise „disposiciones imperativas“ hilft nicht weiter. Generell können unter den Begriff „zwingende Bestimmungen“ eine weite Spannweite von Normen fallen: Sie können sich auf Verträge im allgemeinen beziehen, wie beispielsweise Formvorschriften, sie können Teil des Strafrechts oder Normen regulativer Natur sein, die durch Vertrag nicht verändert werden können¹¹⁵⁶. Anders gesagt ist die Frage, ob der Begriff der zwingenden Bestimmungen im Sinne des Art. 11 alle Normen umschließt, die bei Sachverhalten, die dem Sachrecht eines Staates unterliegen, der Disposition der Parteien entzogen sind (intern zwingende, also die *Privatautonomie* begrenzende Normen), oder ob der Begriff enger verstanden werden muss und nur international zwingende Normen umfasst. Dies sind jene Normen, die – wie Art. 7 Abs. 2 EVÜ es ausdrückt, „ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regeln“¹¹⁵⁷ und die *Parteiautonomie* begrenzen.

Eine Interpretation des Art. 11 im Sinne der erstgenannten Alternative, als alle intern zwingenden Normen einer Rechtsordnung umfassend, würde zu einer systematischen Inkohärenz mit Art. 7 Konvention von Mexiko führen. Eine so breite Zulassung der *Parteiautonomie* wie in Art. 7¹¹⁵⁸ wäre sinnlos, wenn nur die intern dispositiven Normen durch ein anderes Recht ersetzt werden könnten. Die Gewährung jeglicher *Parteiautonomie* wäre unnötig.

Das andere Extrem wäre es, die zwingenden Bestimmungen einer Rechtsordnung als den jeweiligen *ordre public* zu verstehen. Dies wurde im Laufe der Beratungen zur Konvention von Mexiko diskutiert und der Vorschlag unterbreitet, Art. 18 Konvention von Mexiko, der den *ordre public*-Vorbehalt beinhaltet¹¹⁵⁹, zu streichen¹¹⁶⁰. Dieser Vorschlag konnte sich aber nicht durchsetzen, sondern beide Bestimmungen blieben bestehen. Um nicht eine leer laufen zu lassen, kann der Inhalt des Art. 11 nicht auf den *ordre public* beschränkt werden.

Die von der Konvention eingenommene Position ist ein Kompromiss zwischen diesen beiden Extrempositionen: Die *Parteiautonomie* ist gewährleistet und die Art. 11 und 18 sind jeweils mit verwandten, aber nicht identischen Anwendungsbereichen aufgenommen. Der Begriff der zwingenden Bestimmungen im Sinne von Art. 11 wurde von *Parra-Aranguren*, dem Vorsitzenden des ersten Komitees wie folgt definiert:

¹¹⁵⁴ Vgl. etwa *Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 61 – 75 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II; Juenger, Am.J.Comp.L. 45 (1997), 195, 204; Herbert, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 45, 59.*

¹¹⁵⁵ *Samtleben, IPRax 1998, 385, 391; ebenso: Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 152.*

¹¹⁵⁶ *Malloy, Fordham Int'l.L.J. 19 (1995), 662, 707 Fn. 239.*

¹¹⁵⁷ *Von Hoffmann §10 Rn. 96.*

¹¹⁵⁸ Vgl. oben S. 127 ff.

¹¹⁵⁹ Vgl. unten S. 192 ff.

¹¹⁶⁰ Vorschlag der argentinischen und US-amerikanischen Delegation; *Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 71f. – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II.*

[L]as normas imperativas son aquellas normas que un Estado ha dictado y que se aplican a los contratos internacionales con independencia de la ley aplicable. Por ejemplo, las normas de carácter monetario. En cuanto a esas normas, no hay posibilidad de escoger la ley aplicable. El Estado del foro las aplica con independencia de la voluntad de las partes o con independencia de cuál sea la legislación competente a falta de elección, porque son normas que actúan previamente a las normas de conflicto. Esas normas imperativas impiden el funcionamiento de la norma de conflicto e impiden que se puede escoger una ley aplicable¹¹⁶¹.

Schon vorher verdeutlichte *Parra-Aranguren*, dass es nur um solche Normen geht, die bei *internationalen* Verträgen zwingend Anwendung finden, im Gegensatz zu solchen, die auch bei reinem Inlandsbezug zwingend sind¹¹⁶². Eine weitere Erläuterung wurde von *Siqueiros*, dem Vorsitzenden der CIDIP-V Konferenz gegeben. Er wies darauf hin, dass der spanische Begriff der „norma imperativa“ gleichbedeutend mit dem englischen „mandatory rule“ und dem französischen „loi de police“ sei, und dass dieselbe Bedeutung wie im EVÜ in Art. 11 Konvention von Mexiko gewollt war¹¹⁶³. Letzteres führt nicht weiter, denn das EVÜ benutzt den Begriff der zwingenden Bestimmung in vier verschiedenen Kontexten in Art. 3 Abs. 3, Art. 7, Art. 9 Abs. 6 sowie den Art. 5 Abs. 2 und 6 Abs. 2¹¹⁶⁴. Eine systematische Auslegung der Konvention von Mexiko zeigt, dass Art. 3 Abs. 3 EVÜ nicht als Modell für die Konvention von Mexiko herhalten kann, denn die Norm limitiert die Parteiautonomie bei Binnensachverhalten. In diesem Fall ist die Konvention von Mexiko schon gar nicht anwendbar, weil objektive Verbindungen zum Recht zweier Vertragsstaaten vonnöten sind (Art. 1 Abs. 2 Konvention von Mexiko). Auch stünde eine solche Auslegung im Widerspruch zu Art. 7 Konvention von Mexiko.

Die Artt. 5 Abs. 2 und 6 Abs. 2 EVÜ dagegen benutzen den Begriff der zwingenden Bestimmungen nur im Rahmen von rechtswahlergänzenden Sonderanknüpfungen für Ar-

¹¹⁶¹ Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 67 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II; Übersetzung: „Zwingende Bestimmungen sind Bestimmungen, die ein Staat vorschreibt und die auf internationale Verträge unabhängig vom anderweitig anwendbaren Recht Anwendung finden. Beispielsweise Bestimmungen des Währungsrechts. Bezüglich dieser Bestimmungen besteht keine Möglichkeit, das anwendbare Recht zu wählen. Der Forumstaat wendet sie unabhängig vom Parteiwillen oder unabhängig von dem Recht an, das mangels Rechtswahl auf den Vertrag anwendbar ist, weil diese Bestimmungen den Kollisionsnormen vorgehen. Diese zwingenden Bestimmungen hindern das Funktionieren der Kollisionsnorm und verschließen die Möglichkeit, das anwendbare Recht zu wählen.“ (Übersetzung des Verfassers).

¹¹⁶² Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 64 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II: “Yo sí quisiera que las normas imperativas de que se habla fuesen las normas imperativas aplicables a los contratos internacionales. Esa es la idea que expresaba el Doctor Siqueiros en su informe, porque no se trata de normas imperativas para los contratos internos, sino de aquellas normas imperativas aplicables a los contratos internacionales. Creo que en ese aspecto no habrá controversia”: ebs. *Gonzalez de Cossio*, *Jurídica* 27 (1997), 119, 159.

¹¹⁶³ Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 74, 75 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II; in die gleiche Richtung geht der Hinweis des Vorsitzenden: Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 69 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II.

¹¹⁶⁴ Vgl. oben S. 147 ff.

beitsverträge und Verbraucherverträge. In beiden Bestimmungen werden unter zwingenden Bestimmungen solche verstanden, die einerseits zumindest intern zwingend sind und andererseits Sonderprivatrecht für die behandelten Bereiche sind. Solche Sonderanknüpfungen existieren in der Konvention von Mexiko aber nicht, so dass auch auf die Artt. 5 und 6 EVÜ zwecks näherer Konkretisierung des Begriffs in der Konvention von Mexiko nicht zurückgegriffen werden kann.

Demgegenüber versteht der Art. 11 Konvention von Mexiko ähnlich formulierte Art. 7 EVÜ¹¹⁶⁵ unter zwingenden Bestimmungen solche, die nach dem Recht des sie erlassenden Staates ohne Rücksicht auf das sonst geltende Vertragsstatut anzuwenden sind. Hier geht es nur um international zwingende Bestimmungen, die sog. „lois de police“¹¹⁶⁶. Nur diese Normkategorie behandelt auch Art. 11 Konvention von Mexiko, wobei sich allerdings Unterschiede zwischen den beiden Übereinkommen daraus ergeben, dass die Konvention von Mexiko nur diese eine Generalklausel beinhaltet. Während im EVÜ wegen der Regelung der Artt. 5 und 6 nicht alle Normen des Sonderprivatrechtes unter Art. 7 fallen, existiert eine solche Einschränkung aufgrund der Verwendung einer Generalklausel in der Konvention von Mexiko nicht, so dass, wie sich aus den Materialien ergibt, auch Sonderprivatrecht ganz allgemein von Art. 11 umfasst ist¹¹⁶⁷, wenn es sich internationale Geltung beimisst. Schutzvorschriften der *lex fori* oder eines anderen eng verbundenen Rechts können so durchgesetzt werden¹¹⁶⁸.

Die Eigenschaft einer Norm als international zwingend im Sinne von Art. 11 Konvention von Mexiko hängt vom Regelungswillen des sie erlassenden Gesetzgebers ab¹¹⁶⁹, die Norm ist dabei nach den Regeln auszulegen, die in der Rechtsordnung gelten, aus der die Norm stammt. Daraus muss auch entnommen werden, ob die Norm nach dem gesetzgeberischen Willen auf den konkreten Fall angewendet werden will¹¹⁷⁰. Traditionell sind solche Normen international zwingend, die öffentliche Belange („government interests“) fördern und Anwendung verlangen, um öffentliche Interessen durchzusetzen¹¹⁷¹ (Eingriffsnormen i.e.S.). Beispiele sind das Wechselkursrecht sowie das Recht des Im- und Exports. International zwingend können aber auch Normen sein, die allgemeine Interessen aus sozialökonomischen Gründen schützen, beispielsweise in den Gebieten des Verbraucherschutzes, Tou-

¹¹⁶⁵ Für eine einheitliche Auslegung beider Bestimmungen daher: *Sosa* S. 119.

¹¹⁶⁶ Vgl. oben S. 151 ff.

¹¹⁶⁷ Explanatory Memorandum on the Draft Convention on the Law Applicable to International Contractual Arrangements (Berichterstatter: *Siqueiros*), OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/12/93 S. 21 (Original in spanisch) nennt in einer beispielhaften Aufzählung von „mandatory laws“ auch „consumer protection“; *Fletcher*, Ga.J.Int'l & Comp.L. 26 (1999), 477, 503: „... article 11 . . . is sufficient to provide protection to buyers and employees, as well as to other parties afforded protection under articles 5 and 6 of the Rome Convention.“; *Sosa* S. 119 f.; *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 182 f. sieht demgegenüber die Notwendigkeit, die Konvention in der Zukunft um Protokolle zu ergänzen, die den Schutz der schwächeren Vertragspartei besser regeln.

¹¹⁶⁸ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 391.

¹¹⁶⁹ *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 153.

¹¹⁷⁰ *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 157.

¹¹⁷¹ *Malloy*, Fordham Int'l.L.J. 19 (1995), 662, 719 f.

rismus, Mietrechts, Arbeits- und Sozialrechts¹¹⁷². Weitere Beispiele für Normen, die international zwingend sein können, sind Formvorschriften betreffend Immobilien, Genehmigungspflichten in Bereichen wie dem Landerwerb in Grenznähe, dem Bankensektor, im Medienbereich, Transportwesen, bei Rohstoffen, und der Hochtechnologie¹¹⁷³. Der Begriff der „mandatory provisions“ umfasst somit nicht nur Eingriffsnormen i.e.S. sondern verwendet diesen Begriff i.w.S.

Art. 11 Konvention von Mexiko umfasst demnach wie Art. 7 EVÜ nur international zwingende Bestimmungen, geht aber insoweit weiter als dieser, als er sich auf alle international zwingenden Bestimmungen erstreckt, was auch Sonderprivatrecht einschließen kann. Es geht auch hier nur um jene Normen, die die *Parteiautonomie* begrenzen, nicht um alljene, die die *Privatautonomie* einschränken. Dennoch ist Art. 11 gerade durch seine „unbestimmte Formulierung“¹¹⁷⁴ flexibel genug, um sowohl den Arbeitnehmerschutz als auch den Verbraucherschutz zu gewährleisten. Dadurch, dass Art. 11 Eingriffsnormen i.w.S. umfasst, bietet die Generalklausel die Möglichkeit, ganz allgemein den Schutz des Schwächeren im internationalen Vertragsrecht zu garantieren¹¹⁷⁵: Die stärkere Partei ist oft in der Lage, das anwendbare Recht zu bestimmen, und sie wird regelmäßig ein Recht wählen, das ihren Interessen am besten gerecht wird. Daraus entstehende Ungleichheiten können über zwingende Bestimmungen im Sinne des Art. 11 Konvention von Mexiko behoben werden, um das Risiko zu mindern, dass eine Partei die Schwäche der anderen ausnutzt. Damit steht Art. 11 in der Tradition, die sich im internationalen Schuldrecht um den Schutz der Schwachen bemüht¹¹⁷⁶. Hintergrund ist, dass die *Parteiautonomie* ebenso sinnlos wie die *Privatautonomie* ist, wenn sie „zur Herrschaft des Stärkeren über den Schwächeren wird“¹¹⁷⁷. Aber auch bei gleichartigem Zusammenwirken der Parteien können Situationen entstehen, in denen es angebracht ist, zwingende Bestimmungen zur Anwendung kommen zu lassen: Es ist wahrscheinlich, dass die Parteien immer eine Rechtsordnung finden werden, die ihren Vertrag in gewünschter Form für gültig erklärt¹¹⁷⁸.

¹¹⁷² *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 384, der in diesem Zusammenhang auf die Systematisierung von *Franceskakís* zum Eingreifen international zwingender Normen verweist: Danach sind Normen dann international zwingend, wenn (a) ihre Anwendung nicht von den Kollisionsnormen abhängt; (b) ihr Anwendungsbereich positiv und einseitig von dem sie erlassenden Gesetzgeber bestimmt ist; (c) ihr Anwendungsbereich von „persönlichen“ oder „territorialen“ Kriterien bestimmt wird, und (d) ihr Eingreifen in privatrechtlichen Beziehungen die Ausnahme bleibt.

¹¹⁷³ *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 153.

¹¹⁷⁴ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 391.

¹¹⁷⁵ Vgl. *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 68; *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 45 (1997), 195, 204.

¹¹⁷⁶ Zu dieser Strömung vgl. *Neuhaus*, *RabelsZ* 46 (1982), 4, 20.

¹¹⁷⁷ *Neuhaus*, *Grundbegriffe*, S. 257.

¹¹⁷⁸ Vgl. hierzu *Lagarde*, der – allerdings im Rahmen der *Dépeçage* – feststellte, dass es immer eine Rechtsordnung gebe, die einen Vertrag für gültig erkläre; zitiert bei *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 384.

III. Parallelität mit Art. 7 EVÜ

Art. 11 Abs. 1 Konvention von Mexiko ist funktionsäquivalent zu Art. 7 Abs. 2 EVÜ. Bei beiden handelt es sich um Öffnungsklauseln, die eine Sonderanknüpfung der international zwingenden Bestimmungen des Forums gestatten. Auch hier handelt es sich um eine Bedingung ohne Alternative, die international zwingenden Bestimmungen des Forums müssen angewendet werden¹¹⁷⁹.

Nach Art. 11 Abs. 2 Konvention von Mexiko, der Parallelnorm zu Art. 7 Abs. 1 EVÜ, steht es dem Richter darüber hinaus frei, die zwingenden Bestimmungen eines anderen Staates als des Forums¹¹⁸⁰ anzuwenden, wenn der Vertrag enge Verbindungen („close ties“ / „vínculos estrechos“) mit diesem Staat aufweist. Es ist nicht erforderlich, dass dieser dritte Staat die Konvention ratifiziert hat, Art. 2 Konvention von Mexiko¹¹⁸¹.

Die weite Formulierung („It shall be up to the forum to decide“) gewährt völlige Entscheidungsfreiheit, oder gibt, anders gesagt, „überhaupt keine Entscheidungskriterien an die Hand“¹¹⁸², ob oder wie „drittstaatliche“ international zwingende Bestimmungen anzuwenden sind. Nicht einmal solch vage Abwägungshinweise wie in Art. 7 Abs. 1 EVÜ sind enthalten. Jedenfalls macht eine Beachtung solcher zwingender Vorschriften besonders dann Sinn, wenn in dem fraglichen Drittstaat Vollstreckungshandlungen vorzunehmen sind, die im Falle fehlender Beachtung fehlschlagen könnten. Die zwingenden Bestimmungen eines Drittstaates können allerdings nur dann angewendet werden, wenn sie denen des Forumstaates nicht widersprechen¹¹⁸³. Dies ergibt sich aus der Systematik des Art. 11, der im ersten Absatz hinsichtlich der international zwingenden Bestimmungen des Forums kein Ermessen vorsieht und entspricht insoweit dem EVÜ.

Die Ähnlichkeit der Formulierung der Artt. 11 Abs. 2 und 9 Abs. 1 Konvention von Mexiko – „close ties“ gegenüber „closest ties“ – macht deutlich, dass die Ermittlung der engen Verbindungen parallel zur Ermittlung der engsten Verbindungen verlaufen soll. Es sind auch in diesem Rahmen alle objektiven und subjektiven Vertragselemente in Betracht zu ziehen. Insoweit kann auf die Darstellung zu Art. 9 Abs. 2 S. 1 verwiesen werden¹¹⁸⁴. Diese Parallelität der Verbindungsermittlung (nicht jedoch ihre Art und Weise) entspricht dem EVÜ.

Die Möglichkeit, dem EVÜ entsprechende Sonderanknüpfungen für bestimmte Vertragstypen zu entwickeln, besteht demgegenüber im Rahmen der Konvention von Mexiko

¹¹⁷⁹ *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 384. Dies gilt auch dann, wenn mit der Gegenansicht eine Anwendung nationalen Rechts als *lex causae* für möglich gehalten wird.

¹¹⁸⁰ Zu den international zwingenden Bestimmungen des *lex causae* vgl. unten S. 180 ff.

¹¹⁸¹ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 391.

¹¹⁸² *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 600 Fn. 91.

¹¹⁸³ *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 159.

¹¹⁸⁴ Vgl. oben S. 67 ff.

nicht¹¹⁸⁵. Vielmehr muss in jedem konkreten Fall auf die Schutzvorschriften des Forums oder die eines sonstigen Staates mit dem enge Verbindungen bestehen, zurückgegriffen werden. Ein solcher Staat kann im Einzelfall beispielsweise der in Art. 5 EVÜ gewählte gewöhnliche Aufenthaltsstaat des Verbrauchers sein, insbesondere, wenn man den gewöhnlichen Aufenthalt einer Vertragspartei als enge Verbindung genügen lässt. Dieses ist aber keinesfalls zwingend. Ein pauschales Abstellen auf derartige Bestimmungen ist nicht möglich, nachdem ein solcher Ansatz von der Konvention gerade zurückgewiesen wurde. Dennoch sieht auch die Konvention von Mexiko verschiedene Mechanismen zur Realisierung von Sonderanknüpfungen vor: Zunächst können nach Art. 1 Abs. 4 einzelne Kategorien von Verträgen vom Anwendungsbereich der Konvention ausgenommen werden. Auch wenn die Norm aus dem Bedürfnis entstanden ist, eine Eingrenzung auf Handelsverträge zu erlauben, so ist sie in der jetzigen Fassung doch so gefasst, dass sie auch ein Ausnehmen etwa von Verbraucher- oder Arbeitsverträgen vom Anwendungsbereich der Konvention gestattet. Des Weiteren wird über Art. 6 die Möglichkeit neuer Konventionen über Spezialmaterien – wie z.B. Verbraucherverträge – eröffnet¹¹⁸⁶. Auch über Art. 20 kann dieses Ziel erreicht werden.

IV. Verhältnis zu Art. 18 (*ordre public*)

Ein weiterer Problemkomplex im Rahmen des Art. 11 Konvention von Mexiko ist dessen Verhältnis zu Art. 18, der den *ordre public* beinhaltet. Dieses Verhältnis sorgte bei den Beratungen für erhebliche Verwirrung, wurde dann aber vom Vorsitzenden des ersten Komitees wie folgt erklärt:

Metodológicamente hablando, las normas de aplicación inmediata o "loi de police" como mencioné antes, impiden funcionamiento de la norma de conflicto . . . Por eso, metodológicamente hablando, lo primero que tenemos que enfrentar son las normas imperativas o normas de aplicación inmediata o "loi de police". Cuando no hay normas imperativas, cuando no hay normas de aplicación inmediata o "loi de police", entra a funcionar la norma de conflicto que permite a las partes escoger la ley aplicable [hier bezieht der Sprecher sich auf Art. 7¹¹⁸⁷] y, en ese caso, es posible que el contenido de la ley aplicable sea contrario a principios básicos y fundamentales de la ley del juez. Y en ese caso, habiendo funcionado la norma de conflicto, se necesita un remedio para evitar que una norma de contenido violatorio a los principios

¹¹⁸⁵ A.A. *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 391 der durch die Verbindung des Art. 11 mit den Vorschriften, die als ersten Schritt das Vertragsstatut bestimmen, die Möglichkeit sieht, ähnlich dem EVÜ spezielle Anknüpfungen für einzelne Vertragstypen zu entwickeln.

¹¹⁸⁶ Vgl. etwa *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 182 f.

¹¹⁸⁷ Dazu vgl. S. 113 ff.

básicos y fundamentales de la ley del juez pueda realizarse en la práctica. Entonces interviene la excepción de orden público¹¹⁸⁸.

Beide Normen funktionieren demnach als Schutzwall in zwei verschiedenen aber eng verwandten Umständen: Die zwingenden Bestimmungen des Art. 11 verhindern, dass die Kollisionsnorm ihr Ergebnis dort realisiert, wo eine zwingende Bestimmung eingreift: Bestehen anzuwendende international zwingende Bestimmungen, wird eine Sonderanknüpfung praktiziert und das maßgebliche Recht nicht nach der allgemeinen Kollisionsnorm bestimmt. Auf der anderen Seite ist der *ordre public* eine Art letzter Verteidigungswall: Existieren keine zwingenden Bestimmungen und tritt die Kollisionsnorm in Funktion, besteht die Möglichkeit, dass fundamentale Prinzipien der öffentlichen Ordnung des Forumstaates verletzt werden. Genau dies soll Art. 18 verhindern¹¹⁸⁹. Funktionell entspricht dies der Systematik des EVÜ.

V. *Verhältnis der zwingenden Bestimmungen zu Art. 10*

Da die von Art. 10 der Konvention von Mexiko¹¹⁹⁰ berufenen Rechtsnormen im Sinne materieller Entscheidungsgerechtigkeit auch zwingendes Recht überlagern können, bedarf es seiner Abstimmung mit Art. 11. Gegenüber Art. 11 Abs. 1 muss er wegen dessen unbedingter Formulierung bei international zwingenden Bestimmungen zurücktreten. Dagegen kann bei der im Rahmen des Art. 11 Abs. 2 zu treffenden Abwägung, ob drittstaatliche international zwingende Normen anzuwenden sind, auch die Wertung des Art. 10 einbezogen werden. Da Art. 11 nur bei international zwingenden Vorschriften gilt, kann Art. 10 rein intern zwingende Normen unproblematisch überlagern.

VI. *Zusammenfassung: Die Systematik der zwingenden Bestimmungen in der Konvention von Mexiko*

Die Konvention von Mexiko beinhaltet nur eine Generalklausel über zwingende Bestimmungen. Über diese sind die international zwingenden Bestimmungen des Forumstaates immer anzuwenden, während bei denen eines Drittstaates weites richterliches Ermessen beseht. Begrifflich ist Art. 11 nicht auf Eingriffsnormen i.e.S. beschränkt, sondern umfasst auch inter-

¹¹⁸⁸ Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 69, 70 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II; Übersetzung: „Methodisch gesprochen hindern zwingende Bestimmungen, wie gerade bereits gesagt, das Funktionieren der Kollisionsnorm . . . Daher muss, methodisch gesprochen, zunächst Rückgriff auf die zwingenden Bestimmungen genommen werden. Wenn keine solchen zwingenden Bestimmungen existieren, tritt die Kollisionsnorm in Aktion, die es den Parteien erlaubt, das anwendbare Recht zu wählen [hier bezieht sich der Sprecher auf Art. 7, dazu vgl. oben] und in diesem Fall ist es möglich, dass der Inhalt des anwendbaren Rechts grundlegenden und fundamentalen Prinzipien des Rechts des Forums widerspricht. Und in diesem Fall, wenn die Kollisionsnorm funktioniert, ist ein Ausweg erforderlich, um zu verhindern, dass eine Norm, deren Inhalt grundlegende und fundamentale Prinzipien des Rechts des Forums verletzt, ihren Inhalt realisieren kann. Dann interveniert der *ordre public*.“ (Übersetzung des Verfassers).

¹¹⁸⁹ Ausführlich zum *ordre public* unten S. 178 ff.

¹¹⁹⁰ Vgl. oben S. 90 ff.

national zwingendes Sonderprivatrecht. Dadurch kann ein Schutz typisch schwächerer Vertragsparteien erreicht werden.

§ 3 Vergleich der durch die unterschiedlichen Mechanismen der zwingenden Bestimmungen gewährten Schutzintensität

Die Anwendung zwingender Bestimmungen wird von den Übereinkommen unterschiedlich geregelt. Die Bestimmung des Art. 3 Abs. 3 EVÜ kann für den Vergleich an dieser Stelle keine Rolle spielen, da sich die Konvention von Mexiko in Art. 1 Abs. 2 die Anwendbarkeit bei Binnensachverhalten versagt.

Bei Eingriffsnormen i.e.S., also solchen, die sich dem Schutz primär öffentlicher Interessen verschreiben, bestehen keine bedeutenden Unterschiede: Zum einen sind solche des Forums nach beiden Übereinkommen zwingend anzuwenden. Zum anderen können solche eines Drittstaates zur Anwendung kommen. Beide Übereinkommen gewähren bei der Entscheidung, ob solche „drittstaatlichen“ Eingriffsnormen zur Anwendung kommen, einen erheblichen Ermessensspielraum. Dieser ist bei der Konvention von Mexiko sogar noch weiter als beim EVÜ, wo wenigstens Hinweise gegeben werden, welche Erwägungen der Richter in seine Abwägung einfließen zu lassen hat. Die Art. 7 Abs. 1 EVÜ entgegengebrachte Kritik gilt daher umso mehr für Art. 11 Abs. 2 Konvention von Mexiko. Art. 9 Abs. 6 EVÜ enthält wieder eine andere Konzeption. Hier schaltet diese Spezialvorschrift das Ermessen des Art. 7 Abs. 1 EVÜ aus.

Bedeutende Abweichungen ergeben sich jedoch im Bereich des Sonderprivatrechts. Dieses ist, wenn es nach dem Willen des erlassenden Gesetzgebers international zwingend ist, im Rahmen der Konvention von Mexiko ebenfalls nach der Generalklausel des Art. 11 zu behandeln, die nicht auf Eingriffsnormen i.e.S. beschränkt ist und daher den Schutz typisch schwächerer Vertragsparteien mitübernehmen muss. Auch bei diesen Normen sind demnach die international zwingenden Bestimmungen des Forums immer anzuwenden, während die Anwendung drittstaatlicher Normen im richterlichen Ermessen liegt.

Die Konzeption des EVÜ ist dagegen eine andere. Zwar wird Art. 7 überwiegend so verstanden, dass nicht nur Eingriffsnormen i.e.S. eine Sonderanknüpfung zugestanden wird, sondern auch Eingriffsnormen i.w.S. (also auch Sonderprivatrecht) eine solche erfahren können. Für die bedeutenden Bereiche des Verbraucherschutzes und Arbeitsrechts sind aber vorrangige Sonderregelungen in Artt. 5 und 6 vorgesehen.

Erhebliche Unterschiede zwischen den Übereinkommen bestehen im Anwendungsbereich der Artt. 5 und 6 EVÜ: Zum einen unterscheiden sich die in Betracht gezogenen Rechtsordnungen. Während Art. 7 EVÜ auf die *lex fori* und die Rechtsordnungen anderer Staaten abstellt, mit denen enge Verbindungen bestehen, ist die *lex fori* in dieser Eigenschaft für Artt. 5 und 6 ohne Bedeutung. Diese vergleichen vielmehr die *lex causae* jeweils mit dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsstaats des Verbrauchers bzw. dem Recht des gewöhnli-

chen Arbeitsorts oder des Orts der einstellenden Niederlassung. Aus der Entscheidung, neben der *lex causae* die genannten Rechtsordnungen heranzuziehen, lässt sich schließen, dass diese Rechtsordnungen als solche verstanden werden, mit denen, um in der Terminologie des Art. 7 Abs. 1 EVÜ zu bleiben, per se enge Verbindungen bestehen. Insofern wird hinsichtlich der Heranziehung dieser Normen kein Ermessen gewährt. Dies führt weiter dazu, dass im Rahmen der Artt. 5 und 6 die Funktion von Art. 7 zumindest auf Eingriffsnormen i.e.S. eingeschränkt werden muss, denn ansonsten könnten die Ergebnisse der Artt. 5 und 6 wieder revidiert werden und deren Schutzzweck bliebe unerreicht. Die Artt. 5 und 6 legen demnach die Rechtsordnungen der engen Verbindungen (im Sinne von Art. 7 Abs. 1) fest und substituieren im Kreis der zu beachtenden Rechtsordnungen die *lex fori* (Art. 7 Abs. 2) in dieser Eigenschaft durch die *lex causae*.

Daneben unterscheiden sich die Artt. 5 und 6 von Art. 7 (und daher auch von Art. 11 Konvention von Mexiko) durch den Mechanismus, der zur Auswahl der anzuwendenden zwingenden Bestimmungen aus den in Betracht kommenden Rechtsordnungen heranzuziehen ist. Während Art. 7 Abs. 2 EVÜ, bzw. Art. 11 Abs. 1 Konvention von Mexiko, die Geltung international zwingender Bestimmungen des Forum unbedingt anordnet, steht die Anwendung drittstaatlicher Vorschriften im richterlichen Ermessen. Das führt im Konfliktfall zum Vorrang der Forumsnormen. Der potenzielle Konflikt wird nach geographischen Kriterien aufgelöst. Die Artt. 5 und 6 EVÜ verwenden dagegen einen Günstigkeitsvergleich zur Auswahl, lösen den Konflikt (der hier nicht nur potenziell, sondern bei einer Rechtswahl wegen der zwei in Betracht zu ziehenden Rechtsordnungen immer dann besteht, wenn ein anderes Recht gewählt wird, als bei objektiver Anknüpfung zum Tragen käme) nach materiellen Kriterien. Dies führt zu einer deutlich höheren Schutzintensität für die typisch schwächere Vertragspartei: Drittstaatliches Recht kommt zwingend zur Anwendung, wenn es aus dem Günstigkeitsvergleich als größeren Schutz gewährend hervorgeht. Der Ermessensspielraum des Art. 7 Abs. 1 EVÜ und dessen Deferenz gegenüber Abs. 2 wird eliminiert und durch einen Ergebnisvergleich ersetzt. Dies setzt zwar ein größeres Maß an Vertrauen in fremde Rechtsordnungen voraus (immerhin können aber Korrekturen über den *ordre public* erfolgen), führt aber zu einem größeren Schutz.

Die Artt. 5 und 6 EVÜ können durch den Günstigkeitsvergleich und ihre zwingend allseitige Ausgestaltung eine höhere Schutzintensität entfalten als der nur fakultativ allseitig ausgestaltete Art. 11 Konvention von Mexiko. Während bei Art. 11 Konvention von Mexiko die international zwingenden Forumsnormen immer zur Anwendung kommen und drittstaatliche nur fakultativ, mit der systemimmanenten Deferenz gegenüber den Forumsnormen, bietet das EVÜ einen auf materiellen Erwägungen beruhenden Auswahlmechanismus zwischen zwei Rechtsordnungen. Dies erhöht den kollisionsrechtlichen Schutz der betroffenen Parteien beträchtlich: Zum einen werden (bei Vorliegen einer Rechtswahl) mehr Rechtsordnungen in die Auswahl *gezwungen* (anstatt nur die *lex fori*; bei Art. 11 Abs. 2 Konvention von Mexiko bzw. Art. 7 Abs. 1 EVÜ *können* zwar mehr beachtet werden, dies ist aber nicht zwingend), zum anderen erfolgt die Wahl nach materiellen, nicht geographischen

gend), zum anderen erfolgt die Wahl nach materiellen, nicht geographischen Kriterien. Auch die Eliminierung der *lex fori* in dieser Eigenschaft aus dem Normfindungsprozess ist überzeugend, denn die berufenen Rechtsordnungen weisen eine sachliche Nähe zu den behandelten Vertragsarten aus und sprechen für eine Verwirklichung des Schutzzieles. Ist Beurteilungsmaßstab, welche Konzeption einen besseren Schutz typisch schwächerer Vertragsparteien erreicht, – und dem stellen sich beide Konventionen – überzeugt die Generalklausel des Art. 11 Konvention von Mexiko nicht.

Durch die Vorschriften der Artt. 5 und 6 EVÜ, insbesondere durch die zwingend allseitige Ausgestaltung und die Auflösung einer drohenden Normenhäufung durch den Günstigkeitsvergleich, wird in den behandelten Bereichen eine höhere kollisionsrechtliche Schutzintensität als bei einer rein fakultativen Beachtung drittstaatlicher Normen mit einem unausweichlichen Zwang von Forumsvorschriften erreicht. Das große *caveat* liegt in der Einschränkung „in den behandelten Bereichen“. Zum einen handelt es sich beim Verbraucher- und Arbeitnehmerrecht zwar um bedeutende, aber nicht die einzigen Bereiche des Sonderprivatrechts. Zum anderen, und dies gilt im wesentlichen für Art. 5 EVÜ, engen die Normanwendungsvoraussetzungen den Anwendungsbereich erheblich ein. Soll dem Ziel des kollisionsrechtlichen Schutzes der typisch schwächeren Vertragspartei besser entsprochen werden, bietet sich eine Übernahme der Lösung der Konvention von Mexiko mit ihrer geringeren Schutzintensität nicht an. Vielmehr böte es sich an für andere, besondere Bereiche des Sonderprivatrechts, eigene Kollisionsnormen nach dem Muster der Artt. 5 und 6 oder eine Generalklausel für Sonderprivatrecht zu schaffen. Bedeutender wäre aber eine Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 5, der etwa dadurch erreicht werden könnte, dass die Aufzählung der situativen Anwendungsvoraussetzungen in eine nur beispielhafte Nennung von Situationen umgewandelt wird, in denen der Verbraucher im wesentlichen statisch bleibt.

G. Reichweite des Vertragsstatuts

§ 1 *Materielle Wirksamkeit und Zustandekommen des Vertrages*

Beide Übereinkommen halten spezielle Regelungen über die Wirksamkeit des jeweiligen internationalen Vertrages bereit und unterstellen sie nicht pauschal der *lex causae*. Dabei sind drei unterschiedliche Komplexe zu unterscheiden, die bisweilen als horizontale Vertragsspaltung bezeichnet werden¹¹⁹¹: Zunächst geht es um den Inhalt des Vertrags, die materielle Wirksamkeit. Ein anderer Komplex ist die zu beachtende Form (formelle Wirksamkeit) und schließlich die Fähigkeit der an dem Vertrag beteiligten Parteien, diesen Vertrag zu schließen. Dieser letzte Punkt ist aus dem Anwendungsbereich sowohl der Konvention von Mexiko als grundsätzlich auch des EVÜ ausgenommen worden¹¹⁹². Zum Komplex der Vertragswirksamkeit gehört auch die Frage nach der Wirksamkeit einer Rechtswahlklausel¹¹⁹³.

I. *Die Grundregel zur Einigung und materiellen Wirksamkeit: Anwendung der lex causae*

Über die materielle Wirksamkeit und das Zustandekommen¹¹⁹⁴ des Vertrages entscheidet gemäß Art. 8 Abs. 1 EVÜ das Recht, das nach dem Übereinkommen anzuwenden wäre, wenn der Vertrag oder die Bestimmung wirksam wäre. Art. 8 Abs. 1 ist auf alle Fragen im Bereich der materiellen Wirksamkeit und des Zustandekommens anzuwenden, für die keine besondere Regelung vorgesehen ist (wie für die Rechts- und Geschäftsfähigkeit oder Art. 8 Abs. 2, dazu sogleich). Damit wird grundsätzlich der Lehre vom Einheitsstatut gefolgt¹¹⁹⁵. Der gesamte Vertragsinhalt, einschließlich aller Vertragsklauseln und etwa der Frage, ob AGB wirksam einbezogen wurden, untersteht damit der *lex causae*¹¹⁹⁶. Dies gilt auch für die Beurteilung von Angebot und Annahme sowie von Willensmängeln¹¹⁹⁷. Einseitige Rechtsgeschäfte sind anders als von Art. 9 Abs. 4 EVÜ nicht ausdrücklich von Art. 8 EVÜ genannt, dennoch sind dessen Regelungen entsprechend auf diese Konstellationen anwendbar¹¹⁹⁸.

¹¹⁹¹ *Gonzalez de Cossio*, *Jurídica* 27 (1997), 119, 160, der sich auf Quintín Alfonsín beruft („desmembramiento horizontal“).

¹¹⁹² Art. 5 lit. a) Konvention von Mexiko und Art. 1 Abs. 2 lit. a) EVÜ (vorbehaltlich dort des Art. 11); vgl. auch Art. 5 lit. a) Haager Kaufrechtsübereinkommen; vgl. näher auch oben S. 17 ff. und S. 182 ff.

¹¹⁹³ Dazu vgl. ausführlich schon oben S. 138 ff.

¹¹⁹⁴ Czernich/Heiss-Helmbert Art. 8 Rn. 3 ff. definiert Zustandekommen als die vertragliche Einigung und Wirksamkeit als die übrigen Voraussetzungen der vertraglichen Bindung. Zustandekommen umfasst danach Fragen betreffend die Voraussetzungen und den Umfang der vertraglichen Einigung sowie etwaiger Vertragsänderungen, während Wirksamkeit etwa Fragen betreffend den Geschäftswillen, Willensmängel, Rücktrittsrechte oder die Zulässigkeit des Geschäftsinhalts betrifft; zu den Kategorien des französischen Rechts vgl. *Lagarde*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991), 287, 326.

¹¹⁹⁵ *Sandrock*, *RIW* 1986, 841, 846 ff.; die Ausnahmen zu diesem Grundsatz sind insbesondere Art. 8 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2 EVÜ. Auch die Vorschriften über zwingende Bestimmungen begrenzen den Geltungsumfang des Vertragsstatuts.

¹¹⁹⁶ *Lagarde*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991), 287, 326.

¹¹⁹⁷ *Kropholler*, *IPR*, §52 I 3.

¹¹⁹⁸ *Giuliano/Lagarde*, *BT Drucksache* 10/503, S. 33, 60.

Über den Verweis des Art. 3 Abs. 4 EVÜ untersteht der (in Aussicht genommenen) *lex causae* auch die Frage des Zustandekommens und der Wirksamkeit der Einigung der Parteien über eine Rechtswahl¹¹⁹⁹. Wurde danach eine wirksame Rechtswahl getroffen, richtet sich die materielle Wirksamkeit des Hauptvertrages nach der gewählten Rechtsordnung; fehlt hingegen eine (wirksame) Rechtswahl, ist die objektiv ermittelte Rechtsordnung maßgeblich¹²⁰⁰. Aus diesem Vorgriff wird geschlossen, dass auch Fragen betreffend vorvertragliche Schuldverhältnisse nach der in Aussicht genommenen *lex causae* zu lösen sind¹²⁰¹.

Art. 12 Konvention von Mexiko, der die materielle Wirksamkeit des jeweiligen internationalen Vertrages regelt, verfolgt eine identische Lösung. Dabei sieht Art. 12 Abs. 1 vor, dass „die Existenz und Wirksamkeit des Vertrages oder einer seiner Bestimmungen“ dem gemäß dem zweiten Kapitel ermittelten Recht unterliegen. Auch hier ist die (bei Vorliegen einer Rechtswahl in Aussicht genommene¹²⁰²) *lex causae* maßgeblich, sei diese objektiv oder subjektiv ermittelt. Ebenso wie das EVÜ verzichtet die Konvention von Mexiko auf eine ausdrückliche Behandlung einseitiger Rechtsgeschäfte. Diese fallen aber, wie der Bericht herausstellt, schon unter den Vertragsbegriff der Konvention von Mexiko¹²⁰³.

II. Vorbehalt zugunsten des Heimatrechts

Beide Konventionen beinhalten darüber hinaus einen Vorbehalt zugunsten des Heimatrechts der Vertragsparteien. Art. 8 Abs. 2 EVÜ bestimmt dahingehend, dass, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass es nicht gerechtfertigt wäre, die Wirkung des Verhaltens einer Partei der *lex causae* zu unterwerfen, die Frage, ob diese Partei dem Vertrag zugestimmt hat, dem Recht ihres gewöhnlichen Aufenthaltsstaates (ihrem Umweltrecht) untersteht. Art. 8 Abs. 2 ist, wie die Formulierung „kann sich . . . berufen“ deutlich macht, nicht von Amts wegen zu beachten, sondern nur dann, wenn die betroffene Partei dies zumindest schlüssig verlangt¹²⁰⁴. Es geht hier allein die Frage des Zustandekommens des Vertrages, nicht aber dessen Wirksamkeit¹²⁰⁵.

Bei der Norm handelt es sich um eine Schutzvorschrift, die vor einem überraschenden Vertragsschluss schützen soll. Demgegenüber ist es nicht möglich, über Art. 8 Abs. 2

¹¹⁹⁹ Vgl. oben S. 139 ff.

¹²⁰⁰ Czernich/Heiss-Helmborg Art. 8 Rn. 8, 10.

¹²⁰¹ Rigaux/Fallon Bd. 2 S. 531.

¹²⁰² Vgl. oben S. 140 ff.

¹²⁰³ Report of the Rapporteur of Committee I Regarding the Law Applicable to International Contracts, OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1 S. 1; vgl. schon oben S. 16 ff.

¹²⁰⁴ Czernich/Heiss-Helmborg Art. 8 Art. 13.

¹²⁰⁵ Giuliano/L

agardé, BT Drucksache 10/503, S. 33, 60; Czernich/Heiss-Helmborg Art. 8 Rn. 14 m.w.N. weist darauf hin, dass Abs. 2 nicht sämtliche Fragen des Zustandekommens (a.A. Kost S. 168 ff.), sondern nur den rechtsgeschäftlichen Erklärungswert des Parteiverhaltens umfasst. Abs. 2 schützt nur das Vertrauen auf die fehlende Bindung, nicht dagegen Fragen des Zugangserfordernisses, der Bindungswirkung von Willenserklärungen, Widerrufsmöglichkeiten, Anfechtung von Willensmängeln, Sprachrisiken, etc., die allein von der *lex causae* zu beantworten sind; ebs. Lagarde in North, Contract Conflicts, 49, 50.

einen Vertrag in Widerspruch zur *lex causae* zustande kommen zu lassen¹²⁰⁶. Ein Vertragsschluss ist demnach nur dann gegeben, wenn der Vertrag nach der *lex causae* zustande gekommen ist und Art. 8 Abs. 2 nicht entgegensteht¹²⁰⁷. Da unter den Begriff des Verhaltens sowohl aktives Tun wie auch eine passive Haltung zu fassen ist¹²⁰⁸, kann Art. 8 Abs. 2 die in verschiedenen Ländern unterschiedlich geregelte Bedeutung des Schweigens auflösen¹²⁰⁹. Ein weiterer typischer Anwendungsfall ist das (stillschweigende) Einbeziehen von AGB in den Vertrag¹²¹⁰.

Voraussetzung für eine Berufung auf das Umweltrecht ist, dass es nicht gerechtfertigt ist, die Beurteilung allein nach dem Vertragsstatut vorzunehmen. Dazu bedarf es neben der Tatsache, dass das Umweltrecht das Parteiverhalten anders beurteilt als das Vertragsstatut, und dass eine rechtsgeschäftliche Bindung nicht gewollt war, besonderer Umstände¹²¹¹. Da maßgeblicher Beurteilungsstandard die Unzumutbarkeit für die jeweilige Partei ist, kann die Beurteilung nur einzelfallbezogen erfolgen¹²¹².

Eine teleologische Anpassung des Art. 8 Abs. 2 EVÜ wird in den Fällen vorgenommen, in denen die betroffene Partei den Vertrag als Unternehmer abschließt: Im Einklang mit der Wertung des Art. 4 Abs. 2 EVÜ ist in diesem Fall die Rechtsordnung des Staates heranzuziehen, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat, bzw. in dem sich die Niederlassung befindet, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat¹²¹³.

Auch die Konvention von Mexiko enthält eine dementsprechende Variation der Grundregel in Art. 12 Abs. 2, wonach das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts, bzw. der Niederlassung (span. „establecimiento“; der englische Begriff „principal place of business“ ist demgegenüber unzutreffend¹²¹⁴) für die Beurteilung der Frage einer wirksamen Zustimmung heranzuziehen ist¹²¹⁵. Der Hinweis auf Art. 8 Abs. 2 EVÜ und Art. 10 Abs. 3 Haager Kaufrechtsübereinkommen im Bericht von *Siqueiros*¹²¹⁶ macht deutlich, dass es sich bei Art. 12 Abs. 2 Konvention von Mexiko ebenso wie in den beiden Vorbildnormen um eine Schutzvorschrift handelt¹²¹⁷. Art. 12 Abs. 2 kann dazu führen, dass ein anderes Recht auf die Frage

¹²⁰⁶ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 60.

¹²⁰⁷ Czernich/Heiss-*Helmsberg* Art. 8 Art. 12.

¹²⁰⁸ Czernich/Heiss-*Helmsberg* Art. 8 Rn. 19 f. nennt etwa die Anforderungen an eine konkludente Willenserklärung oder die Beurteilung eines Verhaltens als Angebot oder bloße *invitatio ad offerendum*.

¹²⁰⁹ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 60.

¹²¹⁰ *Lagarde*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 327; Czernich/Heiss-*Helmsberg* Art. 8 Rn. 17.

¹²¹¹ Czernich/Heiss-*Helmsberg* Art. 8 Rn. 21.

¹²¹² Czernich/Heiss-*Helmsberg* Art. 8 Rn. 22 ff.

¹²¹³ Czernich/Heiss-*Helmsberg* Art. 8 Rn. 13, von *Bar II* Rn. 538; *Fischer* S. 343 f.; *Schwimmann*, S. 78.

¹²¹⁴ Der Wortlaut der spanischen Fassung (*“la residencia habitual o el establecimiento“*) ist geglückter als derjenige der englischen Fassung, die von (*“the habitual residence or principal place of business“*) spricht. Die spanische Fassung benutzt in Art. 12 Abs. 2 die gleiche Terminologie wie in Art. 1 Abs. 2, so dass klargestellt ist, auf welche „Niederlassung“ abzustellen ist – auf die gleiche wie in Art. 1 Abs. 2 (vgl. oben). Die englische Fassung dagegen benutzt in Art. 1 Abs. 2 den Begriff *„establishment“*. Zum Vorrang der spanischen Fassung vgl. schon S. 48 ff.

¹²¹⁵ Zu dieser Schutzvorschrift vgl. bereits oben S. 140 ff.

¹²¹⁶ Explanatory Memorandum on the Draft Convention on the Law Applicable to International Contractual Arrangements (Berichterstatler: *Siqueiros*), OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/12/93 S. 31 Fn. 57 (Original in spanisch).

¹²¹⁷ Art. 10 Abs. 3 Haager Kaufrechtsübereinkommen macht diesen Charakter als Schutzvorschrift besonders deutlich: *„Nevertheless, to establish that he did not consent to the choice of law, to the contract itself, or to any term thereof, a party may rely on the law of the State where he has his place of business, if in the circumstances it*

des Konsens als auf den Rest des Vertrages Anwendung findet¹²¹⁸. Es handelt sich um ein weiteres Beispiel des teleologischen Ansatzes, der in der Konvention häufig anzutreffen ist. Ziel ist es, die vertragsschließenden Parteien vor unliebsamen Überraschungen zu schützen, indem eine Vertragsbindung angenommen wird, die nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts nicht vorhergesehen werden konnte. Ein typisches Beispiel ist eine unterschiedliche Bewertung von Schweigen in verschiedenen Rechtsordnungen¹²¹⁹. Daneben hat sie ihre Funktion bei der Einbeziehung von AGB, die hier unter dem Begriff der „adhesion contracts“ behandelt werden¹²²⁰. Bei diesen findet wie beim EVÜ eine mehrstufige Überprüfung statt: Nach dem Grundsatz des Art. 12 Abs. 1 ist primär das Vertragsstatut für die Einbeziehung zuständig. Vor einer unverhofften Einbeziehung der Bedingungen in den Vertrag kann daneben Art. 12 Abs. 2 schützen. Ferner können über Art. 13 Formvorschriften und über Art. 11 zwingende Schutznormen herangezogen werden.

Das Fehlen eines Hinweises in Art. 12 Abs. 2 Konvention von Mexiko, auf welche Partei hinsichtlich des gewöhnlichen Aufenthalts, bzw. der Niederlassung abzustellen ist, wird von einer Autorin dahingehend verstanden, dass dem Richter nahezu unbegrenztes Ermessen zugestanden werde¹²²¹, was dazu führe, dass Art. 12 Abs. 2 eine „weite Fluchtklausel“¹²²² sei. Diese Feststellung ist schon deswegen übertrieben weil Art. 12 Abs. 2 eine Ausnahmenvorschrift ist, welche die Grundregel des Abs. 1 modifiziert und daher eng auszulegen ist. Im Sinne des Ziels der Konvention, den internationalen Handel zu fördern, sollte von der Möglichkeit, den Vertragsschluss durch Anwendung des Heimatrechts zu negieren, sparsam und nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die Vorschriften des Vertragsstatuts über den Konsens für die fragliche Partei unvorhersehbar waren. Im Sinne der Verkehrssicherheit ist ein hoher Maßstab anzulegen. Überdies ist nach der Logik des Art. 12 Abs. 2 als Schutzvorschrift bei der Ermittlung des Heimatrechts auf jede Partei einzeln abzustellen, und jeweils ihr Heimatrecht heranzuziehen. Es wäre widersprüchlich, in diesem Rahmen das Heimatrecht der einen Partei zum Schutz der anderen heranzuziehen¹²²³. Art. 12 Abs. 2 ist somit ebenso zu verstehen wie Art. 8 Abs. 2 EVÜ.

is not reasonable to determine the issue under the law specified in the preceding paragraphs.“; *Hernández-Bretón*, sieht Art. 12 Abs. 2 daher als eine konkrete Umsetzung des „Doktrin des nationalen Interesses“, *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 379 f.

¹²¹⁸ *Burman*, Vand.J.Trandnat'l L. 28 (1995), 367, 382; *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 136 geht noch weiter in seiner Feststellung, dass Art. 12 Konvention von Mexiko die Kompetenz der *lex causae* hinsichtlich dieses Punktes völlig auslösche.

¹²¹⁹ *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 80.

¹²²⁰ Vgl. schon oben S. 142 ff.

¹²²¹ *Malloy*, Fordham Int'l.L.J. 19 (1995), 662, 708 Fn. 243.

¹²²² Engl. „escape clause“.

¹²²³ Diese Möglichkeit kann aber im Rahmen des Art. 11 bestehen, wenn es sich um international zwingende Bestimmungen im Sinne dieses Artikels handelt und die erforderlichen „engen Verbindungen“ bestehen; vgl. oben.

§ 2 Formelle Wirksamkeit

Die formelle Wirksamkeit des jeweiligen internationalen Vertrags unterwerfen beide Konventionen dem Ansatz von *Savigny*¹²²⁴ folgend einer Sonderanknüpfung. Der Begriff der „Form“ wird in keinem Übereinkommen definiert, so dass sich Qualifikationsprobleme ergeben können¹²²⁵. Während der Beratungen zum EVÜ hat sich herauskristallisiert, dass „jedes äußere Verhalten, das dem Autor einer rechtlich erheblichen Willenserklärung vorgeschrieben wird und ohne das diese Willenserklärung nicht voll wirksam ist, als Form im Sinne des Artikels 9 anzusehen“ ist¹²²⁶. Dies entspricht der Sichtweise zur Konvention von Mexiko¹²²⁷. Wegen der Weite dieser Definition wird der Begriff „Form“ beim EVÜ allerdings dahingehend eingeschränkt, dass nicht jedes vorgeschriebene äußere Verhalten eine Formvorschrift ist, sondern die spezifischen (rechtsvergleichend ermittelten) Funktionen von Formvorschriften erfüllt sein müssen¹²²⁸. Dies wird auf die Konvention von Mexiko übertragbar sein.

I. Formelle Wirksamkeit im EVÜ:

Art. 9 Abs. 1 EVÜ bestimmt, dass ein Vertrag bei einem Vertragsschluss zwischen sich im selben Staat befindenden Personen formgültig ist, wenn er entweder den Formvorschriften der *lex causae* oder denen der *lex loci contractus* genügt. Die Berufung auf das Ortsrecht ist aber im Fall der Formenleere unzulässig, also wenn das Ortsrecht das betreffende Geschäft gar nicht kennt und daher auch die Formfrage nicht behandelt¹²²⁹. Bei Gesetzesumgehung sowie in Missbrauchsfällen soll gleiches gelten¹²³⁰. In der alternativen Berufung der *lex loci contractus* findet sich die traditionelle Regel des *locus regit actum*¹²³¹ wieder.

Für Verträge unter Abwesenden wird dieser Grundsatz in Art. 9 Abs. 2 EVÜ dahingehend ausgeweitet, dass eine Formgültigkeit nach der *lex causae* oder eines der beiden Ortsrechte ausreicht. Der Grund dafür ist, dass der Abschlussort bei solchen Distanzgeschäften häufig schwer bestimmt werden kann¹²³². Da bei Abs. 2 auf den jeweiligen Aufent-

¹²²⁴ *Savigny* Bd. 8, S. 348.

¹²²⁵ *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 142.

¹²²⁶ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 61; *Meyer-Sparenberg*, RIW 1989, 347, 348 grenzt materielle Regelungen von Formvorschriften danach ab, „ob eine Regelung schwerpunktmässig dazu dient, dass der Wille des Erklärenden unverfälscht und verbindlich zum Ausdruck gebracht wird, oder ob sie mehr Beweissicherungs- oder Warnfunktion hat“.

¹²²⁷ *Gonzalez de Cossio*, *Jurídica* 27 (1997), 119, 160 etwa definiert Form als „las condiciones exigidas por la ley para que una voluntad se tenga por efectivamente declarada.“

¹²²⁸ Czernich/Heiss-Heiss Art. 9 Rn. 6 f.; Formfunktionen sind danach: Sicherstellung der Seriosität von Willenserklärungen, Übereilungsschutz, Schutz des Rechtsverkehrs durch Publizitätswirkung, Schutz öffentlicher Interessen infolge erleichterter Überwachung von Verträgen, Inhaltskontrolle und Beweissicherung.

¹²²⁹ Vgl. Czernich/Heiss-Heiss Art. 9 Rn. 49 f. m.w.N.

¹²³⁰ Münch/Komm-Spellenberg Art. 11 EGBGB Rn. 62.

¹²³¹ Vgl. *Savigny* Bd. 8, S. 348 ff.

¹²³² *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 63; Im US-amerikanischen „traditional approach“ wurde bei Distanzgeschäften der Ort als Abschlussort angesehen, an dem die letzte Handlung durchgeführt wurde, die zum Vertragsschluss führte (im allgemeinen also der Ort, an dem der Vertrag angenommen wurde); vgl. etwa *Linn v. Employers Reinsurance Corp.*, 392 Pa. 58 (1958). Dieser Ort ist leicht manipulierbar und kann (z.B. bei Benutzung von Telefonen) oder E-Mail oft nicht mit letzter Sicherheit festgestellt werden; vgl. auch das Restatement

haltsstaat im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, bleibt diese „klassische Schwierigkeit“¹²³³, welche die Anwendung der *lex loci celebrationis* als primäres Anknüpfungsmerkmal im internationalen Schuldvertragsrecht weitgehend diskreditiert hat¹²³⁴, aber in diesem Rahmen bestehen. Durch das alternative Abstellen auf eines der betroffenen Ortsrechte entledigt sich das EVÜ zwar der Suche danach, welche Partei den letzten Akt vorgenommen hat, durch den der Vertrag schließlich zustande gekommen ist. Es bleibt aber die Problematik bestehen, den Aufenthaltsort der Parteien im Zeitpunkt des Zustandekommens zu bestimmen. Auch wenn sich der jeweilige Aufenthaltsort im Regelfall leicht bestimmen lassen wird, so ist beispielsweise bei telefonischen Vertragsabschlüssen ebenso wie bei solchen über E-Mail nur schwer nachzuprüfen, wo die Parteien sich aufhalten.

Wird ein Vertrag durch einen Vertreter geschlossen, so ist dieser und nicht der Geschäftsherr die bei Anwendung der Abs. 1 und 2 maßgebliche Person, Abs. 3. Sind aufgrund einer Vertragsspaltung mehrere Rechte auf einen Vertrag anwendbar, ist als *lex causae* im Rahmen des Art. 9 das Recht anzusehen, das für den Vertragsteil gilt, zu dem das Formerfordernis die engsten Verbindungen hat¹²³⁵.

Eine Regelung für vertragsbezogene einseitige Rechtsgeschäfte enthält Abs. 4. Diese sind formgültig, wenn sie den Formerfordernissen der bereits ermittelten oder in Aussicht genommenen (hypothetischen) *lex causae* oder des Rechts des Staates entsprechen, in dem dieses Rechtsgeschäft vorgenommen wurde. Beispiele für solche vertragsbezogenen einseitigen Rechtsgeschäfte sind Angebot, Annahme, Kündigung und Rücktritt¹²³⁶. Wegen der Ablehnung der Spaltungstheorie im Bericht von *Giuliano* und *Lagarde* reicht es aber für die Formwirksamkeit eines Vertrages nicht aus, dass jede Willenserklärung für sich ihrem Ortsrecht oder der *lex causae* entspricht, vielmehr muss der Vertrag als ganzer mit einer dieser Rechtsordnungen in Einklang stehen¹²³⁷. Dies kann in außergewöhnlich gelagerten Fällen dazu führen, dass sowohl Angebot als auch Annahme formwirksam sind, der Vertrag als ganzer jedoch formnichtig ist¹²³⁸.

Der Wortlaut des Art. 9 EVÜ ist nicht auf Fälle objektiver Anknüpfung beschränkt, so dass die doppelte Alternativanknüpfung der Form grundsätzlich auch bei Vorliegen einer Rechtswahl Anwendung findet. Nach überwiegender Auffassung ist es aber zulässig, den *favor negotii* durch Parteivereinbarung auszuschließen¹²³⁹.

Bei Anwendung des Art. 9 EVÜ ist zu beachten, dass die zwingenden Vorschriften des Art. 7 EVÜ zur Ausschaltung der liberalen Lösung des Art. 9 führen können, wenn be-

(Second) of Conflict of Laws, § 188 comment (e): “[T]he place of contracting is the place where occurred the last act necessary . . . to give the contract binding effect. . .”.

¹²³³ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 63.

¹²³⁴ *Symeonides/Collins Perdue/von Mehren* S. 34 ff.

¹²³⁵ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 62.

¹²³⁶ Czernich/Heiss-Heiss Art. 9 Rn. 2. m.w. Beispielen.

¹²³⁷ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 63.

¹²³⁸ Czernich/Heiss-Heiss Art. 9 Rn. 27.

¹²³⁹ Zum Meinungsstand und zu den im einzelnen strittigen Voraussetzungen des Ausschlusses von Art. 9 vgl. Czernich/Heiss-Heiss Art. 9 Rn. 15 ff. m.w.N.

stimmte Formvorschriften eines Staates derart zwingender Natur sind, dass sie immer Anwendung verlangen¹²⁴⁰.

Neben dieser allgemeinen Möglichkeit enthalten die Abs. 5 und 6 des Art. 9 EVÜ Sondervorschriften, die den *favor validitatis* aus übergeordneten Gesichtspunkten einschränken. So bestimmt Abs. 5 in konsequenter Fortführung des Verbraucherschutzgedankens des Art. 5 EVÜ, dass bei Verbraucherverträgen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 und 2 für die Form das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsstaates des Verbrauchers maßgeblich ist¹²⁴¹. Der *favor negotii* weicht vor dem kollisionsrechtlichen Verbraucherschutz. Eine vergleichbare Regelung für Arbeitsverträge findet sich nicht, bei diesen bleibt aber der Weg über Art. 7 EVÜ¹²⁴². Art. 9 Abs. 6 EVÜ beinhaltet eine Sonderregelung für Verträge, die ein dingliches Recht an einem Grundstück oder ein Recht zur Nutzung eines Grundstücks zum Gegenstand haben. Auf solche Verträge sind die Formvorschriften des Belegenheitsstaates des Grundstücks anwendbar, soweit diese international zwingend sind. Abs. 6 beinhaltet wie Art. 7 EVÜ zunächst eine Öffnungsklausel, die den Staaten gestattet, derartige international zwingende Vorschriften zu erlassen, jedoch ist dem Richter im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 1 kein Ermessensspielraum hinsichtlich der zwingenden Vorschriften der *lex rei sitae* gegeben¹²⁴³.

Nicht geregelt ist die Frage, welches Recht die Sanktion regelt, wenn das Geschäft nach keiner der alternativ berufenden Rechtsordnungen formwirksam ist. Im Einklang mit dem Gedanken des *favor negotii* ist das mildere Recht anzuwenden¹²⁴⁴.

II. Formelle Wirksamkeit in der Konvention von Mexiko: Art. 13

Die Konvention von Mexiko behandelt die formelle Wirksamkeit des internationalen Vertrages in Art. 13. In den beiden Absätzen werden zwei unterschiedliche Szenarien angesprochen: Art. 13 Abs. 1 Konvention von Mexiko behandelt wie Art. 9 Abs. 1 EVÜ Verträge zwischen Parteien, die sich bei Vertragsschluss im selben Staat befinden. Diese Verträge sind formwirksam, wenn sie den formellen Anforderungen entweder der *lex causae*, der *lex loci contractus*¹²⁴⁵ – auch hier findet sich die Regel des *locus regit actum* wieder – oder der *lex loci executionis* entsprechen.

Art. 13 Abs. 2 Konvention von Mexiko hingegen behandelt wie Art. 9 Abs. 2 EVÜ Verträge unter Abwesenden, also solche zwischen Parteien, die sich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in unterschiedlichen Staaten aufhalten. Hier ist der den Parteien zugestandene Freiraum sogar noch größer als im Rahmen des Art. 13 Abs. 1 und ein Vertrag dann form-

¹²⁴⁰ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 63.

¹²⁴¹ Zu einer Ausweitung des Art. 9 Abs. 5 bei harmonisiertem europäischem Verbraucherschutzrecht und komplexen Schutzformen vgl. Czernich/Heiss-Heiss Art. 9 Rn. 35 ff. m.w.N.

¹²⁴² *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 64.

¹²⁴³ Czernich/Heiss-Heiss Art. 9 Rn. 40 ff; vgl. auch schon oben S. 157 ff.

¹²⁴⁴ Czernich/Heiss-Heiss Art. 9 Rn. 52; Soergel-Kegel Art. 11 EGBGB Rn. 38; MünchKomm-Spellenberg Art. 11 EGBGB Rn. 37; Reithmann/Martiny-Reithmann Rn. 563; a.A. *Blumenwitz*, DNotZ 1968, 712, 744.

wirksam, wenn er alternativ den Anforderungen der *lex causae*, eines der Staaten, in dem die Parteien sich aufhalten oder des Erfüllungsortes entspricht. Finden die Vertragsverhandlungen zwischen Parteien statt, die sich zwischen verschiedenen Staaten bewegen, so ist hinsichtlich der beiden Staaten, die in Art. 13 Abs. 2 angesprochen sind, jeweils der Staat maßgeblich, in dem jede Partei sich zu dem Zeitpunkt aufhielt, in dem der Vertrag zustandekommt („concluded“), also die erforderliche Einigung, zu beurteilen nach Art. 12 Konvention von Mexiko, entsteht. Auch hier bedarf es demnach wie beim EVÜ der oftmals heiklen Bestimmung von Vertragsabschlusszeitpunkt und Aufenthalt der Parteien zu dieser Zeit.

Problematisch ist, was als die *lex causae* zu betrachten ist, wenn der Vertrag aufgrund Vertragsspaltung mehreren Rechtsordnungen unterliegt¹²⁴⁶. Die Lösung wird in diesem Fall wie beim EVÜ darin bestehen, als *lex causae* diejenige Rechtsordnung zu betrachten, die auf den Vertragsteil anwendbar ist, der die Formbedürftigkeit nach irgendeiner der in Art. 13 angesprochenen Rechtsordnungen auslöst. Eine Abspaltung allein des Formerfordernisses ist demgegenüber nicht möglich¹²⁴⁷.

Der erhebliche *favor negotii* des Art. 13 Konvention von Mexiko entspricht dem Ziel der Konvention, den internationalen Handel zu vereinfachen, in diesem Fall durch Aufrechterhaltung der formellen Wirksamkeit des Vertrages in einer Mehrzahl von Fällen¹²⁴⁸, es handelt sich um ein weiteres Beispiel des teleologischen Ansatzes¹²⁴⁹ und folgt dem internationalen Trend, Verträge möglichst nicht an formellen Mängeln scheitern zu lassen¹²⁵⁰. Dieser breite *favor negotii* kann sich zu Lasten einer schützenswerten (und schwächeren) Partei auswirken. Diesenfalls kann, soweit international zwingende Normen bestehen, ein Schutz durch Art. 11 Konvention von Mexiko erreicht werden¹²⁵¹. Da Art. 11 auch Sonderprivatrecht umfasst¹²⁵², kann auch eine Art. 9 Abs. 5 EVÜ entsprechende Lösung erreicht werden.

Die Formwirksamkeit eines Vertragsabschlusses durch einen Vertreter bestimmt sich auch nach den allgemeinen Bestimmungen des Art. 13 Konvention von Mexiko, wobei in diesem gefährlichen und sensiblen Bereich besondere Rücksicht auf Art. 10 Konvention von Mexiko genommen werden muss, um internationale Standards im Auge zu behalten, und um zu verhindern, dass eine Partei durch idiosynkratische nationale Normen unvorhergesehen verpflichtet wird. Diese Anwendung des Art. 10 beruht hier auf der Bestimmung des Art. 15¹²⁵³. Grundsätzlich wird auch hier auf den Ort des Vertreterhandelns abzustellen sein, auch wenn eine Art. 9 Abs. 3 EVÜ entsprechende Regelung fehlt, denn die für den Vertragsabschluss maßgeblichen Willenserklärungen werden vom Vertreter abgegeben.

¹²⁴⁵ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 392 weist darauf hin, dass die englische Fassung, die hier vom „law of the state in which the contract is valid“ spricht, unsinnig ist.

¹²⁴⁶ *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 143.

¹²⁴⁷ *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 144; vgl. auch oben S. 97 ff.

¹²⁴⁸ *Burman*, *Vand.J.Trandnat'l.L.* 28 (1995), 367, 381.

¹²⁴⁹ *Juenger*, *Am.J.Comp.L.* 42 (1994), 381, 392.

¹²⁵⁰ Vgl. *Malloy*, *Fordham Int'l.L.J.* 19 (1995), 662, 708 Fn. 243.

¹²⁵¹ *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 144; vgl. auch S. 158 ff.

¹²⁵² Vgl. oben S. 159 ff.

¹²⁵³ Vgl. bereits S. 147 ff.

Auch ein Vertragsschluss durch neue Medien wird von Art. 13 umfasst, wobei wieder auf die durch Art. 3 Konvention von Mexiko gebotene Möglichkeit der Anpassung und Reaktion auf neue Entwicklungen und Problemstellungen zu achten ist¹²⁵⁴. Wie immer ist auch hier die Vorschrift des Art. 10 Konvention von Mexiko zu beachten¹²⁵⁵. Im Rahmen des Art. 13 Abs. 2 stellt sich die Frage ob, wenn ein Computer in der Lage ist, konkrete Vertragsabschlüsse ohne individuelle menschliche Instruktion herbeizuführen, diese als Verträge unter Anwesenden oder unter Abwesenden zu betrachten sind. Wieder ist in solchen Fällen nicht auf den Standort des Servers abzustellen, sondern auf den Sitz der Partei bzw. der Niederlassung, mit der der Vertrag zustandekommt¹²⁵⁶. Dies kann sich erst dann ändern, wenn sich Computerhandeln durch fortschreitende technische Entwicklung als äquivalent zu Vertreterhandeln herausstellt.

Scheitert der Vertrag trotz der großzügigen Regelung, richten sich die Konsequenzen nach dem Vertragsstatut und – anders als beim EVÜ – nicht nach dem dann günstigsten Recht, das nach Art. 13 berufen ist¹²⁵⁷.

§ 3 **Umfang des Vertragsstatuts und spezielle Kollisionsnormen**

I. *Die Hauptbestimmungen der Übereinkommen*

1. *Art. 10 EVÜ*

Artikel 10 Abs. 1 EVÜ nennt beispielhaft Rechtsfragen, die nach dem Vertragsstatut zu beurteilen sind. Dieses ist sehr weit gefasst, um Vertragsverhältnisse möglichst in ihrer Gesamtheit einer einheitlichen Rechtsordnung (Einheitsstatut) zu unterstellen¹²⁵⁸. Die Aufzählung der lit. a) bis f) ist nicht abschließend, so dass auch nicht ausdrücklich genannte Rechtsfragen, die den genannten vergleichbar sind und nicht vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgenommen sind, der *lex causae* unterstehen¹²⁵⁹. Da im Rahmen der Parteiautonomie auch der Umfang des Vertragsstatuts bestimmt werden kann, ist Art. 10 insoweit dispositiv¹²⁶⁰.

Gemäß Art. 10 Abs. 1 lit. a) untersteht zunächst die Auslegung des Vertrages dem Vertragsstatut¹²⁶¹. Ferner ist nach lit. b) das Vertragsstatut für die Erfüllung der durch den

¹²⁵⁴ Vgl. S. 50 ff.

¹²⁵⁵ Im Ergebnis ebenso Sosa S. 122.

¹²⁵⁶ Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 145 differenziert im Gefolge eines Vorschlags von Feldstein demgegenüber danach, ob Simultaneität zwischen Vertragsangebot und Annahme besteht; vgl. auch schon oben S. 50 ff.

¹²⁵⁷ Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 143.

¹²⁵⁸ Loussouarn/Bourel S. 429; Czernich/Heiss-Czernich Art. 10 Rn. 2.

¹²⁵⁹ Czernich/Heiss-Czernich Art. 10 Rn. 5 nennt als Beispiel für einen solchen Anspruch einen Auskunftsanspruch, der unter dasselbe Recht falle wie der Vertrag, von dem er sich herleite.

¹²⁶⁰ Czernich/Heiss-Czernich Art. 10 Rn. 2.

¹²⁶¹ Aufgrund von Unterschieden in der Vertragsauslegung insbesondere zwischen Common Law (grundsätzlich stärkere Betonung des Wortlauts) und Civil Law (grundsätzlich stärkere Gewichtung des Parteiwillens) kann die

Vertrag begründeten Verbindlichkeiten maßgeblich. Der Begriff „Erfüllung“ ist in Zusammenhang mit anderen Vorschriften des Übereinkommens zu sehen: In Abs. 1 lit. b) umfasst er die Gesamtheit der aus dem Vertragsstatut oder der vertraglichen Beziehungen resultierenden Bedingungen, unter denen die für die jeweilige Verpflichtung charakteristische Leistung zu erbringen ist, nicht dagegen die Art und Weise der Erfüllung (Art. 10 Abs. 2 EVÜ), Formfragen (Art. 9 EVÜ) und Fragen der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit (Art. 1 Abs. 2 lit. a EVÜ)¹²⁶². Als unter den Begriff der „Erfüllung“ in Art. 10 Abs. 1 fallend nennt der Bericht¹²⁶³ die Sorgfalt, mit der die Leistung erbracht werden muss, die Bedingungen hinsichtlich Ort und Zeit der Erfüllung der Leistungspflicht, die Erfüllung durch Dritte, die Bedingungen für die Erfüllung der Schuld (wie etwa die Behandlung als Gesamtschuld, Wahlschuld, teilbare und unteilbare Schulden, Geldverpflichtungen), die Vorschriften über die Befreiung des Schuldners, die Anrechnung von Zahlungen, die Quittung, etc. Weiter umfasst das Vertragsstatut nach Art. 10 Abs. 1 lit. c) die Folgen vollständiger oder teilweiser Nichterfüllung von Verbindlichkeiten (wie die Haftung der Partei, welche die Nichterfüllung zu vertreten hat, die Einrede des nichterfüllten Vertrages, den Rücktritt vom Vertrag wegen Nichterfüllung und die Mahnung¹²⁶⁴) einschließlich gesetzlicher¹²⁶⁵ Regelungen über die Höhe des Schadensersatzes (Sachfragen müssen dagegen stets vom angerufenen Gericht entschieden werden¹²⁶⁶). Der Nichterfüllung steht die Schlechterfüllung gleich¹²⁶⁷. Lit. c) umfasst weiter die Befreiung von Leistungspflichten, wie etwa *force majeure*, oder die *frustration*¹²⁶⁸. Lit. d) unterwirft die verschiedenen Arten des Erlöschens der Verpflichtungen, die Verjährung¹²⁶⁹ und die Rechtsverluste, die sich aus dem Ablauf einer Frist ergeben, dem Vertragsstatut. Damit unterstehen alle mit dem Erlöschen der Verbindlichkeit zusammenhängenden Rechtsfragen dem Vertragsstatut, unabhängig davon, ob sie sich aus Rechtshandlungen des Schuldners oder aus Gesetz ergeben¹²⁷⁰. Schließlich umfasst das Vertragsstatut nach lit. e) auch die Folgen der Nichtigkeit des Vertrages (nicht jedoch den Umfang der Nichtigkeit, dieser richtet sich nach dem Recht, das diese Sanktion anordnet¹²⁷¹). Da es sich bei Rückabwicklungsansprüchen um gesetzliche Ansprüche handelt, würden diese eigentlich nicht in den Anwendungsbereich des EVÜ fallen, dennoch wurden sie, um eine Rechtsspaltung zu vermeiden, dem Vertragsstatut zugerechnet¹²⁷². Damit gilt das auf den Vertrag anwendbare

Rechtsordnung, die über die Auslegung bestimmt, einen erheblichen Einfluss auf das Ergebnis gewinnen; vgl. zur Auslegung internationaler Verträge auch *Lando*, *RabelsZ* 38 (1974), 388 ff., insb. 390 f.

¹²⁶² *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 64.

¹²⁶³ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 64.

¹²⁶⁴ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 65.

¹²⁶⁵ Damit sollte insbesondere die Festsetzung der Schadensersatzhöhe durch eine Jury mit weitgehender Ermessensfreiheit ausgeschlossen werden; *Gamillscheg*, *ZfA* 1983, 307, 359.

¹²⁶⁶ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 65.

¹²⁶⁷ *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 10 Rn. 22.

¹²⁶⁸ *Lagarde*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991), 287, 333.

¹²⁶⁹ Dies ist insoweit bemerkenswert, als die „Statute of Limitations“ im Common Law dem Prozessrecht und nicht dem materiellen Recht zugerechnet wird; vgl. *North* in *North – Essays in Private International Law*, S. 23, 26.

¹²⁷⁰ *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 10 Rn. 26.

¹²⁷¹ *Lagarde*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 80 (1991), 287, 329.

¹²⁷² *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 10 Rn. 37; vgl. *W. Lorenz*, *FS Zweigert*, 199, 203 ff.

Recht auch für die Erstattungen, welche die Parteien einander nach Feststellung der Nichtigkeit ihres Vertrages zu gewähren haben¹²⁷³. Gleichgültig ist, aufgrund welchen Instituts die (untechnisch zu verstehende) Nichtigkeit eintritt¹²⁷⁴. Zu beachten ist hier allerdings die Möglichkeit, nach Art. 22 Abs. 1 lit. b) EVÜ einen Vorbehalt gegen Art. 10 Abs. 1 lit. e) einzulegen¹²⁷⁵.

2. Art. 14 Konvention von Mexiko

Art. 14 Konvention von Mexiko ist die Parallelnorm zu Art. 10 EVÜ. Auch hier wird nur eine beispielhafte („principally“) Aufzählung der umfassten Rechtsfragen geboten. Wie bereits dargelegt findet die Konvention von Mexiko auf eine Reihe rechtlicher Fragen keine Anwendung, wie beispielsweise die Rechts- und Geschäftsfähigkeit vertragsschließender Personen (Art. 5 der Konvention). Andere vertragliche Aspekte, die nicht vom Anwendungsbereich des Vertragsstatuts oder der Konvention ausgenommen sind, unterliegen demgegenüber der *lex causae*¹²⁷⁶.

Die Aufzählung des Art. 14 Konvention von Mexiko weist Ähnlichkeit zu der des Art. 10 EVÜ auf. So untersteht die Interpretation des Vertrages¹²⁷⁷ ebenso dem Vertragssta-

¹²⁷³ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 65; damit fällt auch die Leistungskondition unter Art. 10 EVÜ; vgl. MünchKomm-Spellenberg Art. 32 EGBGB Rn. 109 m.w.N.; a.A. Czernich/Heiss-Czernich Art. 10 Rn. 39.

¹²⁷⁴ Czernich/Heiss-Czernich Art. 10 Rn. 37 f. nennt als Beispiele für Nichtigkeit im Sinne des Art. 10: Willensmängel, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Rücktritt vom Vertrag, Wandlung, etc. Ist der Vertrag *ab initio* nichtig, so werde das Vertragsstatut unter Zugrundelegung der Fiktion der Wirksamkeit ermittelt.

¹²⁷⁵ Vgl. oben S. 42 ff.

¹²⁷⁶ *Santos Belandro*, *El Derecho Aplicable*, S. 135.

¹²⁷⁷ Hinsichtlich der Interpretation der Konvention vgl. S. 45 ff.). Über (nach hier vertretener Ansicht) Art. 10 Konvention von Mexiko, nach a.A. schon über Art. 9 Abs. 2 S. 2 Konvention von Mexiko, vgl. oben S. 84 ff., können die Interpretationsrichtlinien der UNIDROIT-Prinzipien beachtet werden:„

Art. 4.1 *Ein Vertrag wird nach dem gemeinsamen Willen der Parteien ausgelegt.*

Lässt sich ein solcher Wille nicht feststellen, so wird der Vertrag nach der Bedeutung ausgelegt, die ihm vernünftige Leute gleicher Art wie die Parteien unter gleichen Umständen geben würden.

Art. 4.2 *Die Erklärungen und das sonstige Verhalten einer Partei werden nach ihrem Willen ausgelegt, wenn die andere Partei diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte.*

Ist Absatz 1 nicht anwendbar, so werden solche Erklärungen und das sonstige Verhalten nach der Bedeutung ausgelegt, die ihnen eine vernünftige Person der gleichen Art wie die andere Partei unter den gleichen Umständen geben würde.

Art. 4.3 *Bei der Anwendung der Artikel 4.1 und 4.2 sind alle Umstände zu berücksichtigen, einschließlich (a) der vorausgegangenen Verhandlungen zwischen den Parteien; (b) der zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheiten; (c) des Verhaltens der Parteien nach Vertragsabschluss; (d) der Natur und des Zwecks des Vertrages; (e) der Bedeutung, die allgemein den Bedingungen und Ausdrücken im betreffenden Geschäftszweig gegeben wird; (f) der Gebräuche.*

Art. 4.4 *Bedingungen und Ausdrücke werden im Lichte des ganzen Vertrages oder der ganzen Erklärung ausgelegt, in denen sie enthalten sind.*

Art. 4.5 *Vertragsbedingungen werden so ausgelegt, dass allen Bedingungen Wirkung verliehen wird, anstatt einigen von ihnen Wirkung zu nehmen.*

Art. 4.6 *Sind die von einer Seite verwendeten Vertragsbedingungen unklar, so wird eine Auslegung zu Lasten dieser Partei bevorzugt.*

Art. 4.7 *Wird ein Vertrag in zwei oder mehr Sprachen abgefasst, die gleichermaßen verbindlich sind, so wird, falls die Fassungen voneinander abweichen, die Auslegung nach derjenigen Fassung bevorzugt, in welcher der Vertrag ursprünglich abgefasst worden war.*

Art. 4.8 *Haben sich die Vertragsparteien hinsichtlich einer Bedingung, die zur Bestimmung ihrer Rechte und Pflichten wichtig ist, nicht geeinigt, so wird der Vertrag durch eine nach den Umständen angemessene Bedingung ergänzt.*

tut wie die Rechte und Pflichten der Parteien, Fragen von Leistung sowie Nicht- oder Schlechtleistung wie Schadensersatz, Verjährung und die Konsequenzen von Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Vertrages. Trotz anderer Formulierungen ergeben sich keine inhaltlichen Unterschiede zum EVÜ. Interessant ist, dass Art. 14 lit. d) Konvention von Mexiko den Weg des Civil Law einschlägt und die Verjährung der *lex causae* unterwirft; offenbar ohne Widerspruch seitens der Delegierten aus dem Common Law Staaten USA und Kanada¹²⁷⁸.

II. *International zwingende Normen der lex causae*

International zwingende Bestimmungen des Staates der *lex causae* finden nach herrschender aber umstrittener Ansicht zum EVÜ (wegen ihrer Schuldstatutzugehörigkeit) immer Anwendung¹²⁷⁹. Der Grund liegt darin, dass Art. 7 Abs. 1 EVÜ nur die (international¹²⁸⁰) „zwingenden Bestimmungen des Rechts eines anderen Staates“ beruft, also eines anderen Staates als desjenigen, der das Vertragsstatut stellt. Art. 7 Abs. 2 behandelt demgegenüber nur die international zwingenden Bestimmungen des Forums. Da aber nicht anzunehmen ist, dass gerade die international zwingenden Bestimmungen des Vertragsstatuts von der Anwendung ausgeschlossen sind, ist vielmehr davon auszugehen, dass das EVÜ diese dem Vertragsstatut zurechnet¹²⁸¹. Die international zwingenden Bestimmungen der *lex causae* finden also als Teil der *lex causae* Anwendung¹²⁸². Diese als problematisch empfundene Annahme¹²⁸³ wird aber dadurch entschärft, dass regelmäßig davon ausgegangen werden kann, dass der Anwendungswille einer international zwingenden Norm des Vertragsstatuts eine Verbindung zum betreffenden Staat voraussetzt¹²⁸⁴. Daneben bleibt stets der *ordre public*-Vorbehalt der *lex fori* bestehen¹²⁸⁵.

Da die Konvention von Mexiko mit Art. 11 eine Parallelnorm zu Art. 7 EVÜ enthält, muss die Frage nach den international zwingenden Bestimmungen des Vertragsstatuts ebenso wie bei diesem beantwortet werden: Die zwingenden Bestimmungen des Vertragsta-

Um die angemessene Bedingung festzustellen, sollen neben anderen Umständen berücksichtigt werden (a) der Wille der Parteien;(b) Natur und Zweck des Vertrages;(c) Treu und Glauben und redliches Verhalten; (d) die Angemessenheit.“

¹²⁷⁸ Vgl. Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 80 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II; *Herbert*, Rev.Urug.DIP 1 (1994), 45, 59.

¹²⁷⁹ *Rigaux/Fallon* Bd. 2 S. 516; *Radtke*, ZVglRWiss 84 (1985), 325, 350; Reichert-Facilides/Jessurun d'Oliveira-Morse, 23, 31; *Siehr*, *RabelsZ* 52 (1988), 41, 71; Czernich/Heiss-Heiss Art.7 Rn. 35; so auch der Diskussionsbericht bei *Anderegg*, *RabelsZ* 52 (1988), 260, 262; vgl. auch *Drobnig*, *RabelsZ* 52 (1988), 1, 5; a.A. *Schurig*, *RabelsZ* 54 (1990), 217, 244 ff.; kritisch auch *E. Lorenz*, *RIW* 1987, 569, 583 ff.; *Sonnenberger*, *FS Rebmann*, 819, 827.

¹²⁸⁰ Vgl. oben S. 151 ff.

¹²⁸¹ *MünchKomm-Martiny* Art. 34 EGBGB Rn. 40; vgl. aber *Schurig*, *RabelsZ* 54 (1990), 217, 245 ff, der von einer „unbewussten Lücke“ spricht und die international zwingenden Bestimmungen des Vertragsstatuts nach den selben Grundsätzen wie die von Drittstaaten (also analog Art. 7 Abs. 1 EVÜ) anwenden will.

¹²⁸² Czernich/Heiss-Heiss Art. 7 Rn. 35; *MünchKomm-Martiny* Art. 34 EGBGB Rn. 40; *Siehr*, *RabelsZ* 52 (1988), 41, 71.

¹²⁸³ Vgl. *Schurig*, *RabelsZ* 54 (1990), 217, 245.

¹²⁸⁴ Czernich/Heiss-Heiss Art. 7 Rn. 35 Fn. 107; vgl. auch *Schurig*, *RabelsZ* 54 (1990), 217, 245: „Auch wird vermutlich der Staat vernünftig genug sein, den räumlichen Anwendungsbereich seiner Norm so zu beschränken, dass diese sich selbst zurückzieht, wenn keine genügende Verbindung besteht“.

tuts finden schon Kraft deren Zugehörigkeit zum Vertragsstatut Anwendung; Art. 11 bezieht sich nur auf zwingende Bestimmungen des Forums (Abs. 1) und eines dritten Staates, mit dem enge Verbindungen bestehen (Abs. 2)¹²⁸⁶. Ebenso wie beim EVÜ ist nicht davon auszugehen, dass gerade die international zwingenden Bestimmungen des Vertragsstatuts von der Anwendung ausgeschlossen sein sollten.

III. Sonderregelungen

1. Die Art und Weise der Erfüllung: Art. 10 Abs. 2 EVÜ

Eine Sonderregelung enthält Art. 10 Abs. 2 EVÜ. Danach ist hinsichtlich der Art und Weise der Erfüllung und die vom Gläubiger im Falle mangelhafter Erfüllung zu treffenden Maßnahmen das Recht des Erfüllungsortes zu berücksichtigen. In welcher Weise und in welchem Umfang das Gericht das Recht des Erfüllungsortes berücksichtigt, bleibt seinem Ermessen überlassen¹²⁸⁷. Die Qualifikation des Begriffs „Art und Weise der Erfüllung“ soll laut *Giuliano* und *Lagarde* nach der *lex fori* erfolgen¹²⁸⁸. Gedacht ist hier an die Details der Erfüllung, insbesondere an eher tatsächliche Fragen wie Feiertagsregelungen¹²⁸⁹, Öffnungszeiten, Untersuchungs- und Rügepflichten¹²⁹⁰. Hinsichtlich solcher Bestimmungen ist zwar keine Sonderanknüpfung vorzunehmen, vielmehr bleibt das Vertragsstatut anwendbar, während gleichzeitig anerkannt wird, dass möglicherweise Handlungen außerhalb des Staates der *lex causae* vorzunehmen sind¹²⁹¹.

Die Konvention von Mexiko enthält keine diesem entsprechende Vorschrift, die eine Ausnahme vom Prinzip des Einheitsstatuts begründet. Es wird nicht zwischen der Verpflichtung zur Vertragserfüllung und der Art und Weise dieser Erfüllung unterschieden; beide unterstehen der *lex causae*¹²⁹². Sollte es dadurch zu Unbilligkeiten kommen, kann im Einzelfall eine Korrektur über Art. 10 Konvention von Mexiko erreicht werden. Wegen der praktischen Bedeutung, die staatliche Bestimmungen auf die Art und Weise der Erfüllung haben können, ist hier die bestimmtere Lösung des EVÜ vorzuziehen.

¹²⁸⁵ Czernich/Heiss-Heiss Art. 7 Rn. 35 Fn. 106.

¹²⁸⁶ So wohl auch *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 391.

¹²⁸⁷ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 66; a.A. Czernich/Heiss-Czernich Art. 10 Rn. 46; Staudinger-Magnus Art. 32 EGBGB Rn. 92 f. m.w.N.

¹²⁸⁸ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 65 f.

¹²⁸⁹ Aus diesem Hinweis schließt *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 352, dass Art. 10 Abs. 2 EVÜ auch bei Arbeitsverträgen zur Anwendung kommen kann.

¹²⁹⁰ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 65 f.; Czernich/Heiss-Czernich Art. 10 Rn. 42 f.

¹²⁹¹ *Von Hoffmann* §10 Rn. 88.

¹²⁹² *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 138.

2. *Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit, Art. 11 EVÜ*

Für einen Teilbereich der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit enthält Art. 11 EVÜ eine besondere Regelung. Für alle Bereiche außerhalb des Art. 11 sind derartige Fragen nach Art. 1 Abs. 2 lit. a) EVÜ¹²⁹³ aber vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgenommen. Solche Rechtsfragen muss jeder Staat daher nach seinem eigenen Internationalen Privatrecht beurteilen¹²⁹⁴. Daher ist es – insbesondere in den Staaten des Civil Law, anders im Common Law, – möglich, dass der Vertrag und die Handlungsfähigkeit der an ihm beteiligten Personen verschiedenen Rechtsordnungen unterstehen (sog. „horizontale Vertragsspaltung“¹²⁹⁵).

Art. 11 EVÜ betrifft den Fall, dass eine natürliche Person, die nach dem Recht eines Staates (in der Regel ihres Heimatstaates) nicht rechts-, geschäfts- und handlungsfähig ist, in einem anderen Staat, in dem sie rechts-, geschäfts- und handlungsfähig wäre und in dem sich beide Parteien befinden, einen Vertrag abschließt und sich dann auf ihre fehlende Rechts-, Geschäfts und Handlungsfähigkeit beruft. Für solche Fälle sieht Art. 11 vor, dass diese natürliche Person sich nur dann auf eine derartige Unfähigkeit nach einem anderen Recht berufen kann, wenn der andere Vertragsteil bei Vertragsabschluss diese Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit kannte oder infolge Fahrlässigkeit nicht kannte. Die Beweislast liegt insoweit bei der geschäftsunfähigen Person¹²⁹⁶. Maßgeblich ist aber nur ein Irrtum über rechtliche Umstände (etwa die Ausländereigenschaft oder den Inhalt des ausländischen Rechts), nicht hingegen ein Irrtum über die tatsächlichen Umstände (z.B. über das Alter)¹²⁹⁷. Als zusätzliches Element wird verlangt, dass die Person, deren volle Handlungsfähigkeit gegeben ist, begründeterweise der Ansicht ist, es handele sich um kein Geschäft mit Auslandsberührung; ansonsten liegt keine Schutzbedürftigkeit vor¹²⁹⁸. Geschützt wird im Sinne der Verkehrssicherheit der gute Glaube an die Handlungsfähigkeit natürlicher Personen, mit denen kontrahiert wird.

Eine entsprechende Norm findet sich in der Konvention von Mexiko nicht. Damit bleibt diese dem Gedanken des Civil Law treu, das Fragen der Rechts-, Geschäfts und Handlungsfähigkeit nicht dem Vertragsstatut zuordnet. Dennoch ist der Gedanke des Gutgläubenschutzes als teleologisches Moment so bedeutungsvoll, das die Lösung des EVÜ vorzugswürdig erscheint. Sie fördert hier Verkehrssicherheit eher als die Konvention von Mexiko, die sich eben diesem Ziel verschrieben hat. Das Element des Gutgläubenschutzes in Art. 11 stellt eine tragfähigen Kompromiss zwischen den Grundsatzeinstellungen des Civil- und des Common Law dar.

¹²⁹³ Vgl. oben S. 17 ff.

¹²⁹⁴ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 66.

¹²⁹⁵ Vgl. oben S. 166.

¹²⁹⁶ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 66.

¹²⁹⁷ Czernich/Heiss-Czernich Art. 11 Rn. 10.

3. Übertragung von Forderungen, Artt. 12 und 13 EVÜ

Artt. 12 und 13 EVÜ enthalten Sonderregelungen für die Übertragung von Forderungen. Es ist unerheblich, ob die Forderungen rechtsgeschäftlichen Ursprungs sind oder nicht; ausschlaggebend ist allein, ob die Forderung durch Rechtsgeschäft übertragen wird¹²⁹⁹. Die Konvention von Mexiko enthält außer der Regelung des Art. 5 lit. d)¹³⁰⁰ keine Hinweise auf das auf Forderungsübertragungen anwendbare Recht. Dies führt, solange keine Regelungen entsprechend den Artt. 6 oder 20 Konvention von Mexiko¹³⁰¹ erlassen werden dazu, dass das anwendbare Recht gemäß den allgemeinen Bestimmungen der Konvention zu ermitteln ist. Schutzerwägungen zugunsten dritter Parteien, die bei Forderungsübertragungen regelmäßig betroffen sind, lassen sich in der Konvention von Mexiko neben Art. 10 auch bei Ermittlung der engsten Verbindung nach Art. 9 Abs. 2 (besonders im Rahmen der „subjektiven Vertragselemente“¹³⁰²) realisieren.

Die erste Sonderregelung des EVÜ, Art. 12, betrifft die Forderungsübertragung. Nach Art. 12 Abs. 1 ist für die Verpflichtung¹³⁰³ zwischen Zedent und Zessionar das nach den allgemeinen Vorschriften des EVÜ ermittelte Recht maßgeblich (Zessionsgrundstatut). Allerdings bestimmt nach Art. 12 Abs. 2 das Recht, dem die übertragene Forderung unterliegt (Forderungsstatut)¹³⁰⁴, deren Übertragbarkeit, das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner, die Voraussetzungen, unter denen die Übertragung dem Schuldner entgegen gehalten werden kann (die Voraussetzungen für die Übertragbarkeit der Forderung und die Modalitäten, von deren Beachtung die Wirksamkeit der Abtretung gegenüber dem Schuldner abhängt¹³⁰⁵) sowie die befreiende Wirkung einer Leistung durch den Schuldner. Der Grund für diese Regelung liegt darin, dass das Forderungsstatut am besten geeignet ist, den Schutz des Schuldners zu gewährleisten, dessen Stellung sich durch die Zession nicht verändern darf¹³⁰⁶ womit der Grundsatz des *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*

¹²⁹⁸ Czernich/Heiss-Czernich Art. 11 Rn. 3, der darauf hinweist, dass im Schuldrecht alleine durch ein fremdes Personalstatut noch keine Auslandsberührung hergestellt wird.

¹²⁹⁹ Czernich/Heiss-Lorenz Art. 12 Rn. 12; *Moshinsky*, L.Q.R. 109 (1992), 591, 614.

¹³⁰⁰ Vgl. dazu oben S. 19 ff.

¹³⁰¹ Vgl. oben S. 39 ff.

¹³⁰² Vgl. oben S. 67 ff.

¹³⁰³ Die Reichweite des Begriffs „Verpflichtung“ ist sehr strittig. Nach einer Ansicht umfasst er nicht nur die schuldvertraglichen Verpflichtungen, sondern das gesamte Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionar einschließlich des Forderungsübergangs als solchen zu dem Abs. 2 lediglich ein Ausnahmetatbestand für die dort speziell genannten Fragen sei (so: *Einsele*, ZVglRWiss 90 (1991), 1, 13 ff.; *Einsele*, *RabelsZ* 60 (1996), 417, 430 ff.; *Kaiser* S. 219; *Keller* S. 152 ff.; auch im Ausland: *Sinay-Cynterman*, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 81 (1992), 35, 35 f.; *Dacey/Morris* Bd. II Rule 118; *Cheshire/North* S. 958 f.; *North*, *Pr.Int'l.L.*, S. 132; *Foyer*, *J.Dr.Int'l* 118 (1991) 601, 624; einschränkend für die Verfügung (für die eine eigenständige Kollisionsnorm entwickelt werden sollte) *Czernich/Heiss-Lorenz* Art. 12 Rn. 102). Nach in Deutschland überwiegender Ansicht, die den Abstraktionsgrundsatz des deutschen Rechts nicht aufgeben will, regelt Art. 12 Abs. 1 EVÜ dagegen nur die schuldrechtlichen Verpflichtungen zwischen Zedent und Zessionar, während Abs. 2 Fragen betreffend die Verpflichtung des Schuldners umfassend dem Forderungsstatut unterwerfe; so: *Kropholler*, *IPR*, §52 VIII 1; *MünchKomm-Martiny* Art. 33 EGBGB Rn. 4 ff. m.w.N.

¹³⁰⁴ Damit ist das „proper law“ des Vertrages zwischen Schuldner und ursprünglichem Gläubiger gemeint, *Moshinsky*, L.Q.R. 109 (1992), 591, 597.

¹³⁰⁵ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 67.

¹³⁰⁶ *Czernich/Heiss-Lorenz* Art. 12 Rn. 19.

bewahrt wird¹³⁰⁷. Aus diesem Grund wird auch das Verfügungsgeschäft dem Forderungsstatut unterworfen¹³⁰⁸. Gleiches gilt für die Drittwirkungen der Zession¹³⁰⁹. Nicht von Art. 12 umfasst ist dagegen das Verhältnis zwischen Zedent und Schuldner. Dieses unterliegt daher dem Recht, das auf den zwischen ihnen bestehenden Vertrag anwendbar ist.

Art. 13 Abs. 1 EVÜ betrifft ein Teilgebiet der Legalzession, nämlich den Fall, dass ein Dritter verpflichtet ist¹³¹⁰, die zwischen einem Gläubiger und Schuldner bestehende vertragliche¹³¹¹ Forderung zu befriedigen (nachrangige Verpflichtungen) und der Dritte Regress bei dem Schuldner nehmen möchte. In diesem Fall regelt das auf die Verpflichtung des Dritten anwendbare Recht (das Zessionsgrundstatut) das „ob“ des Regresses, während das „wie“ und der Umfang dem Recht unterliegt, dem die Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner untersteht. Der Grund für diese Unterstellung unter das Zessionsgrundstatut ist, dass die Legalzession regelmäßig wesentlicher Teil des Interessenausgleichs zwischen Alt- und Neugläubiger ist und daher zusammen mit diesem Komplex behandelt werden muss¹³¹². Ergibt sich die Verpflichtung des Dritten aus einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Schuldner, ist auf diese Vereinbarung das nach dem EVÜ ermittelte Recht anzuwenden. Die Beachtung der Schutzinteressen des Schuldners an einer Nichtverschlechterung seiner Rechtsstellung werden durch die Unterstellung der Schuldnerschutzbestimmungen, des Inhalts der Forderung und ihrer Verjährung unter das Forderungsstatut erreicht¹³¹³. Dieses kann aber keinesfalls so weit gehen, eine Abtretbarkeit der Forderung auszuschließen, wenn das Zessionsgrundstatut eine *cessio legis* vorsieht, da diese dann über Art. 13 EVÜ garantiert wird¹³¹⁴.

Nach Art. 13 Abs. 2 gilt das gleiche, „wenn mehrere Personen dieselbe vertragliche Forderung zu erfüllen haben und der Gläubiger von einer dieser Personen befriedigt worden

¹³⁰⁷ *Sinay-Cynterman*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 81 (1992), 35, 36.

¹³⁰⁸ *Von Hoffmann* § 10 Rn. 90; nach a.A. ist das Verfügungsgeschäft nach Art. 12 Abs. 1 EVÜ anzuknüpfen; so etwa: *Czernich/Heiss-Lorenz* Art. 12 Rn. 30 ff.; *Staudinger-Hausmann* Art. 33 EGBGB Rn. 16; *Einsele*, ZVglRWiss 90 (1991), 1, 13 ff.; *Einsele*, *RabelsZ* 60 (1996), 417, 430 ff.; nach wieder a.A. ist das Verfügungsgeschäft weder von Art. 12 Abs. 1 noch Abs. 2 erfasst, so etwa: *Moshinsky*, L.Q.R. 109 (1992), 591, 616 (Anknüpfung an den Wohnsitz des Schuldners); *Kieninger*, *RabelsZ* 62 (1998), 678, 702 ff. (Anwendung des Statuts des Zedentensitzes).

¹³⁰⁹ BGHZ 111, 376, 382; *MünchKomm-Martiny* Art. 33 EGBGB Rn. 12a; *Palandt-Heldrich* Art. 33 EGBGB Rn. 2; *Soergel-von Hoffmann* Art. 33 EGBGB Rn. 12; *Erman-Hohloch* Art. 33 EGBGB Rn. 6; *Peltzer*, RIW 1997, 893, 897 f.; *Staudinger-Hausmann* Art. 33 EGBGB Rn. 27; *Basedow*, ZEuP 5 (1997), 615, 622 f.; offenbar auch *von Bar*, *RabelsZ* 53 (1989), 462, 469 f.; a.A. *Czernich/Heiss-Lorenz* Art. 12 Rn. 54 f. m.w.N.: Die Anknüpfung von Drittwirkungen sei im EVÜ nicht geregelt, es sei eine Anknüpfung gläubigerschützender Vorschriften an den Niederlassungsort des Zedenten vorzunehmen; vgl. auch *Lagarde*, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 335, der auf den Niederlassungsort des Schuldners abstellt.

¹³¹⁰ Es geht allein um die Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger; eventuelle Verpflichtungen gegenüber dem Schuldner unterstehen ihrem eigenen Recht. Daraus ergibt sich, dass ein Regress nach zwei unterschiedlichen Rechtsordnungen möglich sein kann; *von Bar*, *RabelsZ* 53 (1989), 462, 482.

¹³¹¹ In der deutschen Fassung des Art. 33 III EGBGB wurde diese Beschränkung auf vertragliche Forderungen dagegen bewusst weggelassen; vgl. *Kropholler*, IPR, §52 VIII 2; *von Bar*, *RabelsZ* 53 (1989), 462, 481.

¹³¹² *Kropholler*, IPR, §52 VIII 2.

¹³¹³ *Von Bar*, *RabelsZ* 53 (1989), 462, 477; *Kropholler*, IPR, §52 VIII 2; *Czernich/Heiss-Lorenz* Art. 13 Rn. 11; *von Hoffmann* §10 Rn. 91.

¹³¹⁴ *Kropholler*, IPR, §52 VIII 2.

ist“ (gleichrangige Verpflichtungen). Maßgeblich ist dann das Schuldstatut des Leistenden, der als Ausgleich zu seiner Leistungserbringung bevorzugt wird¹³¹⁵.

Typische Fälle der Anwendung des Art. 13 sind die Zahlung eines Bürgen (Abs. 1) oder eines Gesamtschuldners (Abs. 2)¹³¹⁶. Aufgrund der Beschränkung auf vertragliche Forderungen sind Legalzessionen von Forderungen delikts- oder sachenrechtlicher Natur nicht von Art. 13 umfasst¹³¹⁷. Der Wortlaut erfasst weiter nur diejenigen Fälle, in denen der Dritte rechtlich verpflichtet ist, die Forderung gegen den Schuldner zu befriedigen. Jedoch soll dies einer Ausweitung auch auf solche Fälle nicht entgegenstehen, in denen zwar keine rechtliche Verpflichtung zur Forderungsbefriedigung besteht, wohl aber ein gesetzlich anerkanntes wirtschaftliches Interesse dazu¹³¹⁸.

4. Der Beweis, Art. 14 EVÜ

Art. 14 EVÜ regelt das auf einige Beweisfragen anwendbare Recht unter zwei verschiedenen Aspekten. Alle anderen Teilbereiche des Beweises unterstehen, wie das Verfahrensrecht im übrigen, der *lex fori*, vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. h) EVÜ. Dies gilt auch für die Beweiskraft und dazugehörige Regelungen wie etwa die *parol evidence rule* des Common Law¹³¹⁹.

Zum einen bestimmt Art. 14 Abs. 1 EVÜ, dass bei vertraglichen Schuldverhältnissen die gesetzlichen Vermutungen sowie die Beweislastregeln der *lex causae* anzuwenden sind. Bei gesetzlichen Vermutungen und Beweislastregelungen handelt es sich in Wirklichkeit um Sachnormen, die bei vertraglichen Schuldverhältnissen der Präzisierung der Parteiverpflichtungen dienen¹³²⁰. Es handelt sich letztlich um Mittel zur Bestimmung der von den Parteien jeweils zu tragenden Haftungsrisiken¹³²¹.

Zum anderen sieht Art. 14 Abs. 2 EVÜ eine Ausweitung der zulässigen Beweisarten für rechtsgeschäftliche Willenserklärungen vor¹³²². Danach kann der Beweis neben den durch die *lex fori* zugelassenen Beweisarten auch nach den Beweisarten einer der Rechtsordnungen erbracht werden, nach denen der Vertrag formgültig im Sinne des Art. 9 EVÜ

¹³¹⁵ Kropholler, IPR, §52 VIII 3.

¹³¹⁶ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 67.

¹³¹⁷ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 67.

¹³¹⁸ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 67; vgl. auch Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 337 nach a.A. gilt Art. 13 nicht für freiwillige Leistungen, Czernich/Heiss-Lorenz Art. 13 Rn. 18 m.w.N.; nach einhelliger Meinung ist das Forderungsstatut maßgeblich; vgl. von Bar, RabelsZ 53 (1989), 462, 482 f.

¹³¹⁹ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 14 Rn. 1; die *parol evidence rule* „seeks to preserve the integrity of written agreements by refusing to permit contracting parties to attempt to alter import of their contract through use of non-contemporaneous oral declarations. Under this rule when the parties to a contract embody their agreement in writing and intend the writing to be the final expression of their agreement, the terms of the writing may not be varied or contradicted by evidence of any prior written or oral agreement in the absence of fraud, duress, or mutual mistake. But the rule does not forbid a resort to parol evidence not inconsistent with the matters stated in the writing.“; Black’s Law Dictionary Abridged S. 771.

¹³²⁰ Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 68.

¹³²¹ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 14 Rn. 3 f., der deutlich macht, dass prozessuale Vermutungen ausgenommen sind und damit allein der *lex fori* unterliegen; vgl. auch Lagarde, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), 287, 332.

¹³²² Giuliano/Lagarde, BT Drucksache 10/503, S. 33, 68.

ist¹³²³. Diese Regelung ist das Gegenstück zur liberalen Regelung von Formfragen: Es wäre sinnlos, zum einen geringe Formanforderungen genügen zu lassen, den Parteien die Berufung darauf durch strengere Beweisvorschriften der *lex fori* aber wieder abzuschneiden¹³²⁴. Dies kann zu einer Kumulation von bis zu vier Rechtsordnungen führen, wobei sich das Recht mit den geringsten Anforderungen durchsetzt¹³²⁵. Eine Einschränkung dieser liberalen Regelung ist jedoch in Art. 14 Abs. 2, 2. HS enthalten, der die Anwendung forumfremder Beweisarten davon abhängig macht, dass das Prozessrecht des Forums die Anwendung der fraglichen Beweisart überhaupt gestattet. Der Beweismittelkatalog des Forums als solcher bleibt demnach unverändert¹³²⁶.

Auch hier bietet die Konvention von Mexiko nichts entsprechendes und bleibt ohne Ausnahme bei dem Grundsatz, dass das Verfahrensrecht des Forums anzuwenden ist. Wegen des beschriebenen engen Zusammenhangs prozessrechtlicher Fragen mit der materiellen Entscheidung verdient die Lösung des EVÜ den Vorzug. Dies gilt besonders angesichts der im Vergleich zum EVÜ gesenkten Anforderungen an die formelle Wirksamkeit von Rechtsgeschäften. Es ist nicht sinnvoll, einerseits eine liberale Regelung für Formfragen zu treffen und andererseits die Berufung darauf durch strenge Beweisvorschriften der *lex fori* möglicherweise wieder zu verwehren.

5. Die Vertretung, Art. 15 Konvention von Mexiko

Während das EVÜ Fragen des Vertretungsrechts (mit Ausnahme des Art. 9 Abs. 3) nach Art. 1 Abs. 2 lit. f) pauschal von seinem Anwendungsbereich ausnimmt, beschreitet Art. 15 Konvention von Mexiko den entgegengesetzten Weg und bestimmt, dass „[t]he provisions of Article 10 shall be taken into account when deciding whether an agent can obligate its principal or an agency, a company or a juridical person.“ Wie vor allem der spanische Wortlaut¹³²⁷ deutlich macht, bezieht Art. 15 sich auch auf Fragen der Organvertretung¹³²⁸. Die explizite Nennung des Art. 10 im Rahmen des Art. 15 verdeutlicht, dass die Verfasser der Konvention im Vertretungsrecht eine verstärkte Gefahr für die Einzelfallgerechtigkeit gesehen haben. Grund dafür waren eine Reihe von Fällen, in denen das Fehlen weitgehender Vertretungsmacht („power of attorney“) vorgebracht wurde und die so internationale Transaktionen behinderten¹³²⁹. Insbesondere die großen praktischen Probleme, die sich bei der gerichtli-

¹³²³ Zu Art. 9 EVU vgl. oben S. 173 ff.

¹³²⁴ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 69.

¹³²⁵ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 14 Rn. 7 nennt die *lex fori*, *lex causae*, *lex loci actus*, bzw. die nach Art. 9 Abs. 2 EVÜ berufenen Ortsrechte bei Distanzgeschäften.

¹³²⁶ Czernich/Heiss-Rudisch, Art. 14 Rn. 7.

¹³²⁷ Art. 15: “Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.”

¹³²⁸ So *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 380; davon ausgehend auch *Santos Belandro*, El Derecho Aplicable, S. 34; vgl. schon oben S. 25 ff.

¹³²⁹ *Burman*, Vand.J.Transnat'l.L. 28 (1995), 367, 382.

chen Durchsetzung internationaler Verträge durch häufig formal mangelhafte Vertretung ergeben, haben zur Aufnahme von Art. 15 in die Konvention geführt¹³³⁰.

Bei Vertragsschlüssen unter Beteiligung eines Vertreters oder Gesellschaftsorgans ist zwischen den verschiedenen Rechtsverhältnissen (insbesondere der Bevollmächtigung, dem dieser zugrundeliegenden Rechtsgeschäft und dem Vertretergeschäft) zu unterscheiden. Für das zugrundeliegende Rechtsgeschäft zwischen Geschäftsherr und Vertreter ergeben sich keine Besonderheiten zu anderen internationalen Vertragsschlüssen. Hier ist die Parteiautonomie sinnvoll und eine objektive Anknüpfung unproblematisch. Gleiches gilt für das Vertretergeschäft. Die Probleme häufen sich dagegen bei der Vollmacht, also eben der von Art. 15 angesprochenen Frage der Bindungswirkung des Vertreterhandelns für den Geschäftsherrn. Es sei nur auf die komplizierten Regelungen des *Haager Übereinkommens über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht* verwiesen¹³³¹.

Die Reichweite von Art. 15 bleibt jedenfalls unklar. So könnte Art. 15 einerseits so verstanden werden, dass das Vertretungsrecht grundsätzlich der *lex causae* unterliegt und Art. 10 zur Einzelfallkorrektur herangezogen werden kann. Diesemfalls wäre Art. 15 eine unbefriedigende Norm. Durch die Unterstellung der Vollmacht unter das Statut des Vertretergeschäfts würde zwar den kollisionsrechtlichen Interessen des Drittkontrahenten genügt, diejenigen des Vollmachtgeber blieben aber (außer durch Art. 10) unbeachtet. Dieser könnte sich plötzlich Bindungswirkungen gegenüber sehen, die für ihn nicht voraussehbar waren¹³³². Im Falle der Organvertretung würde Art. 15 zu noch sinnwidrigeren Ergebnissen führen, wenn Personen, die nach der *lex societatis* nicht vertretungsberechtigt sind, wirksame Verträge nach dem Statut des Vertretergeschäfts abzuschließen in der Lage wären. Dies würde überdies Art. 5 lit. f) Konvention von Mexiko widersprechen, der die „capacity“ juristischer Personen vom Anwendungsbereich der Konvention ausnimmt. Auch wäre Art. 15 bei einer solchen Lesart eigentlich eine überflüssige Norm, da Art. 10 immer heranzuziehen ist, wenn es die Erfordernisse von Recht und Gerechtigkeit im Einzelfall verlangen¹³³³. Eine Einbeziehung der Vertretung in den Katalog des Art. 14 wäre in diesem Fall die elegantere Lösung gewesen.

Es bietet sich daher ein restriktiveres Verständnis von Art. 15 an. Dieser betrifft nicht das Vertretungsstatut als solches, sondern schreibt vor, dass, was immer dieses Vertretungsstatut sein mag, die Vorschrift des Art. 10 zu beachten ist, um im Einzelfall Korrekturen zu ermöglichen. Damit bleibt die Konvention von Mexiko auch dem interamerikanischen Vertragssystem treu, dass eine eigene *Inter-American Convention on the Legal Regime of Power of Attorney to be Used Abroad*¹³³⁴ bereithält. Art. 15 ist daher so zu verstehen, dass er den Anwendungsbereich des Art. 10 Konvention von Mexiko über den eigentlichen Anwen-

¹³³⁰ Santos Belandro, *El Derecho Aplicable*, S. 34.

¹³³¹ Vom 16.6.1977; vgl. auch Lüderitz, IPR, Rn. 292.

¹³³² Zur Interessenabwägung vgl. von Hoffmann § 10 Rn. 11 ff.

¹³³³ Vgl. S. 90 ff.

¹³³⁴ Vom 30. 1. 1975.

dungsbereich der Konvention hinaus auf Fragen des Vertretungsrechts erstreckt. Die Norm erlaubt, die Geschäftsgebräuche und Prinzipien des internationalen Handelsrechts, und damit den Marktstandard betreffend Fairness, auf das Vertretungsverhältnis anzuwenden¹³³⁵. Bei der Organvertretung bleibt danach grundsätzlich die *lex societatis* maßgeblich, Korrekturen können über Art. 10 erreicht werden¹³³⁶. In dieser restriktiven Sichtweise ist Art. 15 eine sinnvolle Norm, die gerade die Probleme angeht, die bei den Beratungen zu Tage traten. Eine extensivere Lesart würde mehr Probleme schaffen als lösen.

6. *Publizität internationaler Verträge, Art. 16 Konvention von Mexiko*

Art. 16 Konvention von Mexiko behandelt die Publizität internationaler Verträge, die dem Recht des Staates unterworfen wird, welcher die Publizität vorschreibt. Die Norm hat beispielsweise für die häufig erforderliche Registrierung von Lizenzverträgen Bedeutung¹³³⁷. Die Vereinigten Staaten von Amerika und Argentinien haben zu Art. 16 eine gemeinsame Erklärung abgegeben, welche die Notwendigkeit der Errichtung regionaler oder hemisphärischer Datenbanken zur Registrierung internationaler Verträge betont¹³³⁸.

Eine dem entsprechende Regelung, die auch nicht zum wirklichen Kontext eines solchen Übereinkommens gehört, findet sich im EVÜ nicht. Dies ist neben der fehlenden Kontextzugehörigkeit damit zu erklären, dass entsprechende Regelungen im europäischen Rahmen selten sind.

§ 4 **Die Reichweite des Vertragsstatuts der Übereinkommen in Vergleich**

Trotz der weit ausführlicheren Regelung des EVÜ ergeben sich im Ergebnis kaum Unterschiede zwischen den Übereinkommen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der materiellen Wirksamkeit und Einigung. Hier berufen beide Übereinkommen die *lex causae* und beinhalten als Schutzvorschrift einen Vorbehalt zugunsten des Heimatrechts der jeweiligen Partei.

Bei der formellen Vertragswirksamkeit ergibt sich zum einen der Unterschied, dass die Konvention von Mexiko bei der Alternativanknüpfung neben der *lex causae* und der *lex loci contractus* auch die *lex loci executionis* genügen lässt. Damit bietet sie eine stärkere Ausprägung des *favor negotii* als das EVÜ, was dem Ziel der Aufrechterhaltung internationaler Verträge besser entspricht. Das Problem des logischen Zirkelschlusses stellt sich bei der *lex loci executionis* hier weniger dramatisch als bei der Rechtswahl¹³³⁹, denn immerhin steht

¹³³⁵ Kozolchyk, Am.J.Comp.L. 46 (1998), 151, 175.

¹³³⁶ In diesem Sinne wohl auch Santos Belandro, El Derecho Aplicable, S. 34.

¹³³⁷ Samleben, IPRax 1998, 385, 392 nennt als Beispiele das brasilianische Recht, das eine generelle Eintragung internationaler Verträge im Vertragsregister zu Beweis Zwecken verlangt, sowie das kolumbianische Recht, das eine Veröffentlichung im Gesetzblatt für alle Verträge des Staates mit Privatpersonen oder Unternehmen vorsieht.

¹³³⁸ Explanatory Proposal, abgedruckt in Report of the Rapporteur of Committee I Regarding the Law Applicable to International Contracts, OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1 S. 7.

¹³³⁹ Dazu vgl. oben S. 60 ff.

jetzt eine *lex causae* fest, nach welcher der Erfüllungsort ermittelt werden kann. Das Problem würde sich grundsätzlich zwar dann stellen, wenn auch die Rechtswahl selbst nach Art. 13 Konvention von Mexiko zu beurteilen wäre, wegen der einer konkludenten Rechtswahl immanenten Formfreiheit¹³⁴⁰ kommt es aber nicht zum Tragen.

Wird ein Vertrag durch einen Vertreter geschlossen, so bestimmt nur das EVÜ in Art. 9 Abs. 3 ausdrücklich, wie zu verfahren ist. Die Konvention von Mexiko belässt es bei dem allgemeinen Hinweis des Art. 15, dass Art. 10 zu beachten sei¹³⁴¹. Aber auch hier wird maßgeblich auf den Ort des Vertreterhandelns abzustellen sein, denn erst durch das selbständige Handeln des Vertreters kommt es zu einem Vertragsschluss¹³⁴².

Weiter enthält nur das EVÜ in Art. 9 Abs. 4 einen Hinweis auf vertragsbezogene einseitige Rechtsgeschäfte. Dies führt aber zu keinem Unterschied zur Konvention von Mexiko, denn bei dieser fallen einseitige Willenserklärungen („unilateral declarations of will“) schon unter den Vertragsbegriff¹³⁴³.

Auch verzichtet die Konvention von Mexiko auf weitere Differenzierungen ebenso wie auf eine Regelung von Beweislastfragen¹³⁴⁴. Bei den Spezialvorschriften des Art. 9 Abs. 5 und 6 EVÜ ergibt sich dies daraus, dass die Konvention von Mexiko eine andere Systematik der zwingenden Bestimmungen verwendet. Eine Spezialvorschrift zur Verwirklichung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes wie Art. 5 EVÜ enthält die Konvention von Mexiko nicht, so dass auch bei Formfragen auf die allgemeine Regelung des Art. 11 über zwingende Bestimmungen zurückgegriffen werden muss. Gleiches gilt für Art. 9 Abs. 6 EVÜ, der das Gegenstück zu Art. 4 Abs. 3 EVÜ bildet. Die Konvention von Mexiko arbeitet nicht mit Vermutungen, sondern verwendet bei der objektiven Anknüpfung einen sehr flexiblen Lokalisierungsmechanismus. Dieser gestattet aber ebenso die Einbeziehung der in Art. 4 Abs. 3 EVÜ durchscheinenden Erwägungen wie Art. 11 Konvention von Mexiko es gestattet, international zwingende Formvorschriften des Belegenheitsstaats zu beachten. Zwecks Vermeidung eventueller Durchsetzungsschwierigkeiten (die im Rahmen des Art. 11 Abs. 2 Konvention von Mexiko zu beachten sind) ist die zwingende Ausgestaltung des EVÜ in einem solchen Kernbereich staatlicher Souveränität indes überzeugender.

Ein weiterer Unterschied zwischen den Übereinkommen besteht in der unterschiedlichen Auslegung bei Formunwirksamkeit nach allen in Betracht zu ziehenden Rechtsordnungen: Während das EVÜ dahingehend ausgelegt wird, dass die Sanktion dem mildesten Recht zu entnehmen sei, wird die Konvention von Mexiko so verstanden, dass die Sanktionen sich nach der *lex causae* richten. Dies ergibt sich aus strikter Lesart des Art. 14 lit. e) Konvention von Mexiko, ebenso wie es sich aus Art. 10 lit. e) EVÜ ergeben würde. Hier wäre

¹³⁴⁰ Vgl. oben S. 141 ff.

¹³⁴¹ Vgl. unten S. 186 ff.

¹³⁴² Vgl. Sosa S. 122 der auf die „allgemeinen Prinzipien der Norm“ und Art. 10 zurückgreifen will.

¹³⁴³ Report of the Rapporteur of Committee I Regarding the Law Applicable to International Contracts, OEA/Ser.K.XXI.5 – CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1 S. 1; vgl. schon oben S. 16 ff.

¹³⁴⁴ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 392; er nennt die Regelung „wesentlich lapidarer als im EVÜ.“.

es aber sinnvoll, in konsequenter Fortführung des Gedankens des *favor negotii* von einer solch strikten Lesart abzusehen und statt dessen der Auslegung des EVÜ zu folgen.

Auch hinsichtlich des Geltungsbereichs des Vertragsstatuts ergeben sich zwischen den Übereinkommen keine großen Unterschiede. Beide weisen eine Norm auf, die beispielhaft Rechtsfragen aufführt, die der *lex causae* unterliegen. Bis auf die Formulierung ergeben sich keine Unterschiede. Jedoch gestattet das EVÜ bei Erfüllungsfragen anders als die Konvention von Mexiko ausdrücklich die Heranziehung des Ortsrechts. Zwar kann dieses Ergebnis auch bei letzterer über Art. 10 erreicht werden, eine Klarstellung wie beim EVÜ ist aber vorzugswürdig.

Bedeutender werden die Unterschiede zwischen den Übereinkommen bei einigen Spezialmaterien. So behandelt Art. 11 EVÜ einen speziellen Fall der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit, was zu einer Erhöhung der Verkehrssicherheit führt. Da dies auch ein Ziel der Konvention von Mexiko ist, würde eine solche Norm auch dieser gut anstehen. Nicht zu verkennen ist jedoch, dass solche Fragen im Civil Law, dem Rechtskreis, dem beide Übereinkommen prinzipiell zugerechnet werden müssen, als nicht zum Schuldvertragsstatut gehörig empfunden werden. Gleiches gilt für die Regelung des Art. 14 EVÜ, der Beweisfragen betrifft. Auch hier ist diese Mitregelung eines kleinen Ausschnitts des Internationalen Prozessrechts sinnvoll, um die Vorschriften des Übereinkommens über die formelle Wirksamkeit von Verträgen nicht leer laufen zu lassen. Da sich das Problem bei der Konvention von Mexiko sogar noch stärker als beim EVÜ stellt, wäre eine solche Regelung auch hier sinnvoll gewesen.

Die detaillierte Regelung der Artt. 12 und 13 EVÜ über den Forderungsübergang und die Legalzession bietet eine sinnvolle Balance der unterschiedlichen Interessen. Da die Konvention von Mexiko auch auf solche Fragen grundsätzlich anwendbar ist, muss sie sich mit ihren allgemeinen Mechanismen begnügen. Durch die sehr flexibel gelöste objektive Anknüpfung und die Möglichkeit über Art. 10 auch bei der subjektiven Anknüpfung Korrekturen vorzunehmen, kann ebenso eine sinnvolle Balance wie beim EVÜ erreicht werden. Die Rechtssicherheit ist bei der festgeschriebenen Lösung des EVÜ aber höher. Bei der Konvention von Mexiko muss dagegen darauf vertraut werden, dass die Balance im Einzelfall durch den Richter gefunden wird.

Ein weiterer Unterschied tritt beim internationalen Vertretungsrecht auf, welches das EVÜ von seinem Anwendungsbereich gänzlich ausnimmt, während die Konvention von Mexiko es in Art. 15 behandelt. In einer restriktiven Lesart ist eine solche Norm sinnvoll, da sie zur Korrektur unbilliger Ergebnisse geeignet ist, die sich beispielsweise aus einer ausnahmslosen Unterstellung etwa der Organvertretung unter die *lex societatis* ergeben können. Auch wenn sie sachlich dem internationalen Vertretungsrecht zugehörig ist, welches beide Übereinkommen grundsätzlich nicht umfassen, so ist diese ausschnittsweise Regelung der Konvention von Mexiko doch beispielhaft, da die mit mangelnder Vertretungsmacht verbun-

denen negativen Folgen sich häufig gerade bei den internationalen Vertragsschlüssen auswirken, die von beiden Konventionen behandelt werden.

H. Ordre Public

Der von beiden Konventionen (Art. 16 EVÜ; Art. 18 Konvention von Mexiko) vorgesehene *ordre public*-Vorbehalt ist eine Art Sicherheitsnetz, welches verhindert, dass ausländisches Recht uneingeschränkt angewendet werden muss. Zwar hat der *ordre public* im Vertragsrecht eine nur untergeordnete Position, dennoch wird er in Prozessen häufig von den Parteien in Anspruch genommen¹³⁴⁵.

§ 1 Inhalt des Ordre Public

Der *ordre public*-Vorbehalt beider Übereinkommen ist sehr restriktiv zu handhaben und schützt nur den Kernbereich der *lex fori*¹³⁴⁶. Es geht bei beiden Normen nur um den internationalen *ordre public*, der weit enger ist als der nationale¹³⁴⁷. Allgemein handelt es sich bei dem *ordre public* um jenen Teil der inländischen Rechtsordnung, dessen Beachtung auch im internationalen Rechtsverkehr unverzichtbar ist¹³⁴⁸. Die genaue Ausgestaltung dessen, was als *ordre public* einer Gesellschaft anzusehen ist, kann nur für (und von) dieser Gesellschaft definiert werden und ist zeitlichen Veränderungen unterworfen. Einfache Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen reichen für sich genommen nicht aus, um einen *ordre public* Verstoß anzunehmen, selbst wenn es sich um weitreichende Unterschiede handeln sollte. Vielmehr muss es sich um einem Verstoß gegen grundlegende und fundamentale Prinzipien des Rechts des Forums handeln¹³⁴⁹, denn nur diese konstituieren den *ordre public*. Im Verhältnis von Staaten der Europäischen Gemeinschaften spielt der *ordre public* eine noch geringere Rolle als ohnehin¹³⁵⁰.

§ 2 Negativer Ordre Public

Art. 16 EVÜ behandelt ebenso wie Art. 18 Konvention von Mexiko nur den negativen *ordre public*, d.h. es kann nur die Anwendung fremden Rechts verhindert, selbst aber keine Norm positiv zur Anwendung gebracht werden; dies ist die Rolle der zwingenden Bestimmungen¹³⁵¹. Wenn zwingende Bestimmungen des Forums existieren, ist ein *ordre public* Verstoß in der Regel wohl nicht mehr gegeben. Deswegen und wegen der regelmäßig geringen Auswirkung des Vertragsrecht auf den *ordre public* haben die Vorbehalte weitgehend nur

¹³⁴⁵ Czernich/Heiss-Czernich Art. 16 Rn. 1.

¹³⁴⁶ Zum EVÜ: Czernich/Heiss-Czernich Art. 16 Rn. 3.

¹³⁴⁷ Zur Konvention von Mexiko: Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 64 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II (Hinweis des brasilianischen Delegierten); zum EVÜ: *Cheshire/North* S. 584 f.

¹³⁴⁸ *Von Hoffmann* §6 Rn. 136.

¹³⁴⁹ Zur Konvention von Mexiko: Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 69, 70 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II.

¹³⁵⁰ *Roth* RabelsZ 55 (1991), 623, 661; *Samtleben*, RabelsZ (45) 1981, 218, 245 ff.; einschränkend demgegenüber *MünchKomm-Sonnenberger* Einl. EGBGB Rn. 187; *Sonnenberger*, ZVglRWiss 95 (1996), 3, 42.

¹³⁵¹ Vgl. oben S. 147 ff.

deklaratorische Bedeutung¹³⁵². Dennoch wurde ihre Einfügung für nötig gehalten, um Ratifikationshindernisse zu beseitigen¹³⁵³.

§ 3 **Eingriffsschranke: Offensichtlicher Verstoß**

Der *ordre public*-Vorbehalt des EVÜ bestimmt, dass die Anwendung einer Norm des nach dem Übereinkommen bezeichneten Rechts nur dann versagt werden kann, wenn dies (also die Anwendung) offensichtlich mit der öffentlichen Ordnung des Forumstaates unvereinbar ist. Der *ordre public* greift somit nicht abstrakt oder global gegenüber dem anwendbaren Recht ein, sondern nur dann, wenn die Anwendung einer bestimmten Vorschrift im konkreten Fall zu einem Ergebnis führt, das mit dem *ordre public* des Forums offensichtlich in Widerspruch steht¹³⁵⁴. Das Offensichtlichkeitserfordernis soll das angerufene Gericht anhalten, eine besondere Begründung abzugeben¹³⁵⁵.

Ebenso bestimmt der *ordre public*-Vorbehalt der Konvention von Mexiko, dass die Anwendung des gemäß der Konvention ermittelten Rechts nur dann ausgeschlossen werden kann, wenn dieses Recht offensichtlich („manifestly“, „manifestamente“) gegen den *ordre public* des Forumstaates verstößt. Das Offensichtlichkeitserfordernis wird auch hier dahingehend zu verstehen sein, dass es einer besonderen Begründung bei Anwendung des *ordre public* bedarf. Der angesprochene Maßstab ist demzufolge ebenso hoch wie beim EVÜ.

Der Anwendungsbereich des Art. 18 Konvention von Mexiko wird hingegen nicht weiter dadurch eingeschränkt, dass wie beim EVÜ allein auf das Ergebnis der Rechtsanwendung abzustellen wäre¹³⁵⁶. Vielmehr macht die Wortwahl des Art. 18 („Application of the law . . . when *it* is manifestly contrary“, Hervorhebung des Verf.) ebenso wie das Verständnis von Art. 18, das bei den Beratungen zutage trat¹³⁵⁷ deutlich, dass nicht auf das Ergebnis der Rechtsanwendung, sondern auf den Inhalt des anwendbaren Rechts abzustellen ist.

§ 4 **Relativität des Ordre Public**

Als weitere Anwendungseinschränkung wird im Rahmen des EVÜ ein Inlandsbezug des Sachverhalts gefordert, der zur „Relativität des *ordre public*“ führt: Je enger der Inlandsbezug ist, desto weniger wird eine Abweichung von den Wertungen der *lex fori* hingenommen und je geringer der Inlandsbezug, desto gleichgültiger kann die *lex fori* Abweichungen von eigenen Wertvorstellungen gegenüberstehen¹³⁵⁸.

¹³⁵² Zur Konvention von Mexiko: *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 393.

¹³⁵³ Zur Konvention von Mexiko: *Burman*, Vand.J.Trandnat'l.L. 28 (1995), 367, 382.

¹³⁵⁴ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 70; *von Hoffmann* §6 Rn. 139.

¹³⁵⁵ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 70.

¹³⁵⁶ So aber *Hernández-Bretón*, IPRax 1998, 378, 384.

¹³⁵⁷ Siehe etwa die Stellungnahme des Vorsitzenden der ersten Kommission in Actas y Documentos de la Comisión I Y II S. 69, 70 – OEA/Ser.K/XXI.5 – CIDIP-V/Doc.46/94, Vol. II („... es posible que el contenido de la ley aplicable sea contrario a principios básicos y fundamentales de la ley del juez. .“).

¹³⁵⁸ *Czernich/Heiss-Czernich* Art. 16 Rn. 6.

Bei der Konvention von Mexiko ist demgegenüber noch ungeklärt, ob der Eingriff des *ordre public*-Vorbehalts sich am Bezug des jeweiligen Falles zum Forumstaat orientieren kann. Eine solche Relativität des *ordre public* würde nicht nur der Auslegung, die das EVÜ erfährt, entsprechen, sondern auch § 6 des US-amerikanischen Restatement, Second. Eine ausdrückliche Entscheidung zugunsten eines starren Maßstabs ist in der Konvention von Mexiko nicht getroffen, so dass eine Auslegung von Art. 18 in diesem Sinne möglich ist. Sie ist auch wünschenswert, da sie ausländischem Recht den größtmöglichen Geltungsbereich einräumt, indem sie dieses nur dann beiseite schiebt, wenn der Forumstaat ein tatsächliches Interesse daran hat. Damit verwirklicht sie den Gedanken der *comitas*.

§ 5 **Folgen eines *ordre public* Verstoßes**

Das Eingreifen des *ordre public* hat zunächst die Nichtanwendung der gegen diesen verstoßenden Norm zur Folge, im übrigen bleibt der Sachverhalt dem festgestellten Statut unterworfen¹³⁵⁹. Dabei kann es teilweise sein Bewenden haben, möglich sind aber auch Fälle, in denen notwendigerweise an Stelle einer abgelehnten Norm eine andere treten muss¹³⁶⁰. Die Frage, welches Recht anzuwenden ist, wenn das eigentlich anwendbare Recht gegen den *ordre public* des Forums verstößt, behandelt die Konvention von Mexiko ebenso wenig wie das EVÜ. Ob dann automatisch die *lex fori* zur Anwendung kommt, oder ein anderer Lösungsweg gegangen wird – beispielsweise eine dem *ordre public* angepasste Anwendung des ausländischen Rechts – bleibt somit der jeweiligen *lex fori* überlassen. Im Sinne des internationalen Entscheidungseinklangs ist es sinnvoll, primär aus dem Geiste der *lex causae* zu entscheiden und nur subsidiär auf die *lex fori* zurückzugreifen¹³⁶¹.

¹³⁵⁹ Kropholler, IPR, § 36 V.

¹³⁶⁰ Kropholler, IPR, § 36 V.

¹³⁶¹ Von Hoffmann §6 III; Kropholler, § 36 V; a.A. Czernich/Heiss-Czernich Art. 16 Rn. 14, der immer die *lex fori* anwenden will.

I. Sonstiges

§ 1 **Sachnormverweisung**

Beide Übereinkommen schließen, wie in internationalen Übereinkommen üblich, eine Gesamtverweisung aus (Art. 15 EVÜ, Art. 17 Konvention von Mexiko). Dies führt dazu, dass das durch die Konventionen bestimmte Recht eines Staates nur dessen Sachrecht und nicht auch dessen Kollisionsrecht ist¹³⁶². Ein solcher Ausschluss der Gesamtverweisung ist in internationalen Übereinkommen Usus, um zu verhindern, dass das durch die Kollisionsnormen der Übereinkommen berufene Recht deren Lokalisierung wieder in Frage stellt¹³⁶³. Es wäre sinnwidrig, das nach den Kollisionsnormen der Übereinkommen ermittelte Recht wieder auf eine andere, womöglich weit entfernte Rechtsordnung verweisen zu lassen und so die Kollisionsnormen der Übereinkommens zu konterkarieren. Der vereinheitlichende Effekt wäre eingeschränkt und jede Vorhersehbarkeit wäre dahin. Im Rahmen der Parteiautonomie steht es den Parteien aber frei, das Recht eines Staates einschließlich seiner Kollisionsnormen zu wählen¹³⁶⁴. Dabei handelt es sich um nichts anderes als eine Form der Ausübung der Parteiautonomie, die zweifellos zulässig ist: Es macht keinen Unterschied, ob die Parteien das gewünschte Recht selbst ausdrücklich bestimmen, selber eine Kollisionsnorm in den Vertrag aufnehmen oder eine bereits existierende wählen. Es besteht kein dahingehender Unterschied zwischen den Übereinkommen.

§ 2 **Mehrrechtsstaaten**

Beide Übereinkommen bestimmen ihr Verhältnis zu Mehrrechtsstaaten, also Staaten mit territorialen Untergliederungen, in denen für die in den Übereinkommen geregelten Rechtsgebiete eigene Rechtsordnungen existieren (typische Beispiele sind Kanada, Großbritannien und die USA). Das EVÜ begnügt sich mit der Regelung des Art. 19, während die Konvention von Mexiko die Materie in den auf Vorschlag der kanadischen Delegation eingefügten Artt. 22 – 24 behandelt.

Art. 19 Abs. 1 EVÜ bestimmt zunächst, dass bei Mehrrechtsstaaten jede Gebietseinheit für die Zwecke des Übereinkommens als Staat zu betrachten ist. Es findet ein Durchgriff der Konvention direkt auf die Gebietseinheiten statt; das interlokale Kollisionsrecht wird nicht berufen. Art. 22 Konvention von Mexiko, der sich eng an Art. 19 Haager Kaufrechtsübereinkommen anlehnt¹³⁶⁵, bestimmt ebenso, dass die einzelnen territorialen Untergliederungen

¹³⁶² Zur Konvention von Mexiko: Sosa S. 123.

¹³⁶³ *Giuliano/Lagarde*, BT Drucksache 10/503, S. 33, 70.

¹³⁶⁴ Für das EVÜ: Czernich/Heiss-Czernich Art. 15 Rn. 5; für die Konvention von Mexiko: *Parra-Aranguren* in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, S. 299, 311; a.A. offenbar *Fletcher*, *Ga.J.Int'l & Comp.L.* 26 (1999), 477, 494; vgl. auch schon oben S. 127 ff.

¹³⁶⁵ Art. 19 Haager Kaufrechtsübereinkommen: „*For the purpose of identifying the law applicable under the Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own system of law or its own*

von Mehrrechtsstaaten, welche eine eigenständige Regelung des Vertragsrechts vorhalten, wie Staaten im Sinne der Konvention zu behandeln sind, und dass jede Bezugnahme auf den gewöhnlichen Aufenthalt oder die Niederlassung ebenso auf die territoriale Untergliederung zu beziehen ist. Es findet also auch hier ein Durchgriff statt. Die Regelung des Art. 22 Konvention von Mexiko – wie auch von Art. 19 Abs. 1 EVÜ – setzt voraus, dass als anwendbares Recht im Sinne des zweiten Kapitels das Recht eines Staates zur Anwendung kommt, in dem eine Rechtsspaltung gerade im Bereich des Vertragsrechts besteht, die sich auch auf den konkreten Vertrag erstreckt¹³⁶⁶.

Art. 19 Abs. 2 EVÜ bestimmt weiter, dass die Staaten nicht verpflichtet sind, das Übereinkommen auf Kollisionen zwischen den Rechtsordnungen der Gebietseinheiten anzuwenden. Das EVÜ kann demnach das innerstaatliche Kollisionsrecht ersetzen, dies ist aber nicht zwingend¹³⁶⁷. Ebenso stellt der nahezu wörtlich Art. 20 Haager Kaufrechtsübereinkommen¹³⁶⁸ folgende Art. 23 Konvention von Mexiko klar, dass die Mehrrechtsstaaten unter den Vertragsstaaten nicht verpflichtet sind, die Konvention auf Kollisionen zwischen ihren territorialen Untergliederungen anzuwenden. Bei der Konvention von Mexiko ist dies wegen Art. 1 Abs. 2 eigentlich eine unnötige Feststellung, da die Konvention dann gar nicht anwendbar ist. Die weite Formulierung des Art. 22 erfordert aber die Klarstellung. Auch verdeutlicht Art. 23, dass es den Vertragsstaaten gestattet ist, die Konvention auf interlokale Konflikte zu erstrecken¹³⁶⁹.

Art. 24 Konvention von Mexiko erlaubt es einem Vertragsstaat, die Anwendung der Konvention von Mexiko bei Zeichnung, Ratifikation oder Beitritt durch Erklärung auf einzelne seiner territorialen Untergliederungen zu begrenzen. Diese Erklärung kann entsprechend Art. 24 Abs. 2 später geändert werden. Die umfassend formulierte Regelung des Art. 24 Konvention von Mexiko findet ihr Gegenstück in Art. 27 EVÜ, der allerdings durch das Übereinkommen von Funchal gestrichen wurde.

§ 3 **Schlussvorschriften**

Beide Übereinkommen beinhalten eine Reihe von Schlussvorschriften, die größten Teils schon an anderer Stelle behandelt wurden. Das EVÜ behandelt diese in seinem dritten Titel (Artt. 23 – 33). Art. 26 EVÜ bestimmt, dass jeder Vertragsstaat die Revision des Überein-

rules of law in respect of contracts for the sale of goods, any reference to the law of that State is to be construed as referring to the law in force in the territorial unit in question."

¹³⁶⁶ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 392; er nennt als Beispiel Mexiko, wo eine Rechtsspaltung für zivilrechtliche, nicht aber für handelsrechtliche Verträge besteht. Ein typisches Beispiel für Rechtsspaltung sind auch die USA, wo das Vertragsrecht weitgehend eigenständigen Regelungen in den einzelnen Bundesstaaten unterliegt.

¹³⁶⁷ Großbritannien hat im Contracts (Applicable Law) Act 1990 ausdrücklich klargestellt, dass "the Convention shall apply in the case of conflicts between the laws of different parts of the United Kingdom."

¹³⁶⁸ Art. 20 Haager Kaufrechtsübereinkommen: „A State within which different territorial units have their own systems of law or their own rules of law in respect of contracts of sale is not bound to apply the Convention to conflicts between the laws in force in such units.“

¹³⁶⁹ So im Ergebnis auch *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 392; *Veytia*, *Jurídica* 25 (1995-II), 383, 386.

kommens beantragen kann, wozu der Präsident des Rates der Europäischen Gemeinschaften eine Revisionskonferenz einzuberufen hat. Laut Art. 31 EVÜ hat der Generalsekretär des Rates der Europäischen Gemeinschaften den Vertragsstaaten des EWGV jede Unterzeichnung und Hinterlegung jeder Urkunde über die Ratifizierung, Annahme oder Zustimmung sowie den Tag des Inkrafttretens, sämtliche Mitteilungen und Vorbehalte sowie deren Rücknahmen zu notifizieren. Art. 32 EVÜ bestimmt schließlich, dass das Protokoll betreffend das dänische Schifffahrtsgesetz Bestandteil des Übereinkommens ist.

Die Konvention von Mexiko beinhaltet ihre Schlussvorschriften im sechsten (und letztem) Kapitel. Auf sie wurde sämtlich bereits an relevanter Stelle eingegangen. Trotz der Beschränkung auf OAS-Mitglieder in Art. 25 Konvention von Mexiko können, sobald sie in Kraft getreten ist (Art. 28), auch Nicht-OAS-Mitgliedsstaaten beitreten; auch sie müssen die Ratifikationsurkunde beim Generalsekretariat der OAS hinterlegen. Ein solcher Beitritt erfolgte bei anderen Konventionen teilweise durch Spanien¹³⁷⁰, ist aber bei der Konvention von Mexiko auch nach deren Inkrafttreten noch nicht geschehen. Trotz vieler positiver Seiten ist die Annahme *Parra-Arangurens*, dass die Konvention einen Zustrom von Staaten aus der ganzen Welt erleben werde¹³⁷¹ bislang nicht in Erfüllung gegangen und wird auch für die Zukunft angezweifelt¹³⁷².

¹³⁷⁰ *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 393.

¹³⁷¹ *Parra-Aranguren* in *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, S. 299, 320.

¹³⁷² *Samtleben*, IPRax 1998, 385, 393.

3. Teil: Schluss

J. Zusammenfassende Wertung: Bietet die Konvention von Mexiko konkrete Anregungen für die Reform des EVÜ?

Nachdem die einzelnen Abschnitte der Übereinkommen gegenübergestellt und die teils ähnlichen, teils frappierend unterschiedlichen Regelungsmechanismen einem Vergleich unterzogen wurden, stellt sich nun die Frage, ob die Konvention von Mexiko dem Anspruch gerecht wird, die bessere Konvention zu sein, und ob sie Anregungen für die anstehende Reform des EVÜ geben kann, oder ob es sich bei ihr, wie eine Autorin polemisiert, bloß um ein „faulty document“¹³⁷³ handelt.

Zunächst ist festzuhalten, dass sowohl die Konvention von Mexiko wie auch das EVÜ in vergleichbaren historischen Situationen entwickelt wurden, die jeweils die Notwendigkeit einer Rechtsharmonisierung generierten: In beiden Fällen war ein sich entwickelnder regionaler Freihandel ausschlaggebend für die Ausarbeitung regionaler Kodifikationen des internationalen Schuldvertragsrechts. Dennoch bestehen einige Unterschiede zwischen den jeweiligen Situationen: So fiel etwa die Anerkennung flexibler objektiver Anknüpfungsmechanismen sowie der Parteiautonomie den Staaten Europas leichter als den Staaten Lateinamerikas, wo diese Ideen anhin nur begrenzte Verbreitung gefunden hatten. Ferner genießt die Konvention von Mexiko den Vorteil, dass zum einen auf die Erfahrungen mit dem EVÜ, zum anderen aber auch auf das jüngere Haager Kaufrechtsübereinkommen zurückgegriffen werden konnte. Dieser rechtsvergleichende Prozess führte nach Ansicht *Juengers* dazu, dass ein „superior product“¹³⁷⁴ geschaffen wurde. Er bedingte auch, dass die Zielsetzungen der interamerikanischen Konvention deutlicher herausgearbeitet werden konnten und im Gegensatz zum EVÜ auch Einzug in die Präambel fanden. So hielt das Ziel der Förderung privater internationaler Vertragsschlüsse und der damit einhergehenden ökonomischen Entwicklung allein in den Text der Konvention von Mexiko Einzug.

Die Unterschiede hinsichtlich des Anwendungsbereichs, den die Übereinkommen sich zugestehen, sind marginal, wobei die Konvention von Mexiko durch die Einbeziehung von trusts und Versicherungsverträgen sachlich etwas weiter gefasst ist. Auch bleibt sie konsequenter als das EVÜ dem Civil Law verhaftet, da sie anders als dieses keine Regelungen über den Beweis, Beweislastregeln, oder die Rechts- und Geschäftsfähigkeit enthält. Da diese Punkte aber so eng mit dem materiellen Recht verbunden sind, dass sie ebenso wie dieses unmittelbar die Sachentscheidung beeinflussen, ist die Lösung des EVÜ trotz ihrer

¹³⁷³ *Malloy*, Fordham Int'l L. J. 19 (1995), 662, 734.

¹³⁷⁴ *Juenger*, Am.J.Comp.L. 42 (1994), 381, 393; dem schließt *Boele-Woelki*, IPRax 1997, 161, 170 sich ausdrücklich an.

Inkonsequenz vorzuziehen. Gleiches gilt für die weitaus engeren Vorbehaltsmöglichkeiten, die das EVÜ seinen Vertragsstaaten zugesteht. Diese führen dazu, dass eine weitgehende Rechtszersplitterung vermieden und damit die gewünschte Rechtsharmonisierung effizienter erreicht wird als bei der Konvention von Mexiko, die umfassende Vorbehaltsmöglichkeiten gewährt. Es darf aber nicht verkannt werden, dass die Vorbehaltsmöglichkeiten der Art. 1 Abs. 2 und 3 Konvention von Mexiko eine Kompensation für fehlende Sonderregelungen, beispielsweise für Verbraucher- und Arbeitsverträge, sind. Auch vom Anwendungsbereich des EVÜ ausgenommene Materien, wie weite Teile des Versicherungsvertragsrechts, können über Art. 1 Abs. 2 und 3 Konvention von Mexiko auch von deren Anwendungsbereich ausgeschlossen werden, so dass in diesem Punkt eine Annäherung der Konventionen möglich bleibt.

Ein Hauptnachteil der Konvention von Mexiko liegt aber darin, dass sie keine *loi uniforme* ist, sondern zu ihrer Anwendung objektive Verbindungen des jeweiligen Vertrages zu mindestens zwei Vertragsstaaten verlangt. Damit fördert sie die Rechtsharmonisierung nur in einem Ausschnitt und fügt ansonsten dem Puzzle des Internationalen Privatrechts noch ein weiteres Teilstück hinzu. Diese Beschränkung erklärt sich zwar aus der historischen Ablehnung der Parteiautonomie in Lateinamerika, sie konterkariert aber das Ziel der Rechts- und Ergebnisharmonisierung weitgehend. Nur durch eine große Zahl von Ratifikationen könnte dieses Ziel noch erreicht werden. Hier ist die Konzeption des EVÜ als *loi uniforme* überzeugender.

Bei der Auslegung der Übereinkommen fällt das Bild dagegen differenzierter aus: Zwar ist beim EVÜ eine Institutionalisierung vorgesehen, welche die gewünschte, und zur Vermeidung von forum shopping erforderliche, einheitliche Auslegung effizient erreichen kann, sie ist aber (noch) nicht umgesetzt. Sollte die geplante Reform des EVÜ wie vorgesehen in Form einer Verordnung auf Basis des Art. 65 lit. b) EGV vonstatten gehen, würde sich dieses Problem der bislang fehlenden Institutionalisierung freilich von selbst lösen.

Auf der anderen Seite beinhaltet die Konvention von Mexiko die zukunftsweisende Norm des Art. 3, der eine Anpassung an zukünftige, insbesondere technische, Entwicklungen nicht nur erlaubt sondern gar gebietet. Die Rolle dieser Norm ist wegen der sehr viel Flexibilität gewährenden Ausgestaltung der objektiven Anknüpfung durch die Konvention von Mexiko zwar nicht allzu groß, immerhin kann sie die Anwendung der Konvention auf Vertragstypen sicherstellen, die erst in Zukunft in Erscheinung treten. In einem von Vermutungen geprägten System wie dem des EVÜ hätte eine solche Norm eine größere Durchschlagskraft und könnte ihre Ziele besser verwirklichen. Optimal wäre daher die Kombination einer Norm wie Art. 3 mit dem im Vergleich zur Konvention von Mexiko starrerem EVÜ. Allerdings soll ein reformiertes EVÜ nicht erneut in die Form eines Staatsvertrages gegossen werden, sondern als Verordnung erlassen werden, welche nicht den strengen Auslegungsregeln eines Staatsvertrages unterliegt. Daher wäre eine Art. 3 Konvention vergleichbare Norm in diesem Kontext nicht von annähernd gleicher Bedeutung. Das von Art. 3 Konvention

von Mexiko aufgestellte Gebot der kreativen und flexiblen Auslegung hat indes Gültigkeit unabhängig davon, ob Kollisionsnormen sich in einem Staatsvertrag oder in einer Verordnung finden. Gleiches gilt für ihre Hinweisfunktion, dass durch den technischen Fortschritt und die wirtschaftliche Entwicklung neu auftretende rechtliche Problemstellungen neue rechtliche Lösungsmodelle erfordern können. Ihre sachliche Rechtfertigung findet eine solche Norm etwa in der Problematik des sich gerade erst entwickelnden e-commerce. Eine von vornherein flexible Auslegung kann hier potenziell besser auf bislang noch gar nicht erkannte rechtliche Probleme reagieren, als es mit dem hergebrachten Auslegungsinstrumentarium zu leisten wäre. Wenngleich die Bedeutung einer Art. 3 Konvention von Mexiko nachempfundenen Norm also bei einer europarechtlichen Verordnung geringer als bei einem Staatsvertrag wäre, stellt sie doch eine sinnvolle Neuerung dar, die es verdienen würde, Einzug in eine Neuregelung des europäischen internationalen Schuldvertragsrechts zu finden.

Bei beiden Übereinkommen ist darüber hinaus zu beachten, dass sie nicht isoliert im Raum stehen, sondern jeweils in ein größeres Gesamtsystem eingebettet sind: Das EVÜ in das europarechtliche, die Konvention von Mexiko in das interamerikanische Rechtssystem. Deutlich negativer als beim EVÜ fällt bei der Konvention von Mexiko auf, dass die Übersetzungen in die verschiedenen authentischen Sprachen teilweise drastische Differenzen aufweisen. Die englische Fassung der Konvention von Mexiko weicht teilweise erheblich und auch sinnverändernd von der spanischen Fassung ab; vereinzelt – zu nennen ist nur Art. 13 Abs. 1 – ist sie gar unsinnig.

Die größten Unterschiede zwischen den Übereinkommen ergeben sich bei der objektiven Anknüpfung. Nach beiden Lösungsmodellen bleibt es jedoch – da von der Möglichkeit der Vertragsspaltung nur sehr beschränkt Gebrauch gemacht werden darf und so nicht etwa die verschiedenen Vertragsobligationen verschiedenen Rechten unterstellt werden dürfen – dabei, dass ein Vertrag grundsätzlich nur einem Vertragsstatut unterliegt. Bei gegenseitigen Verträgen führt dies dazu, dass die sich mit der Internationalität der Vertragsbeziehungen ergebenden Risiken und Kosten notwendig einseitig verteilt werden, wenn ein Recht angewendet wird, welches einer Partei näher steht als anderen¹³⁷⁵.

Während beide Übereinkommen zwar dem multilateralen Ansatz im Grundsatz treu bleiben, weist das EVÜ mit seinem auf Typisierungen beruhenden System flexibler Vermutungen eher eine Tendenz in Richtung einer stärkeren Betonung von Rechtssicherheit auf, während die Konvention von Mexiko mit ihrer komplizierten Ermittlung der engsten Verbindung durch einen mittels verschiedener policies dynamisierten grouping of contacts test tendenziell der Einzelfallgerechtigkeit einen höheren Stellenwert einräumt.

Nun ist auch der objektive Lokalisierungsmechanismus des EVÜ nicht starr, immerhin prädisponieren die verwendeten Vermutungen aber. Ob dies sinnvoll ist, lässt sich nicht pauschal beantworten, sondern hängt vielmehr von dem Wert ab, der Rechtssicherheit im

¹³⁷⁵ Vgl. Roth, Int.Vers.V.R., S. 279.

internationalen Vertragsrecht zugesprochen wird, sowie von den Möglichkeiten der Erreichung von Rechtssicherheit. Zunächst ist festzuhalten, dass größtmögliche Rechtssicherheit bei beiden Übereinkommen nur durch eine Rechtswahl erreichbar ist. Nur bei einer Rechtswahl treffen die Parteien selbst die von ihnen für angemessen erachtete Verteilung von Informationskosten und -risiken und können so die Transaktionskosten insgesamt verringern. Aber auch, wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, ist es vor einem Prozess oder auch ganz allgemein zur Konkretisierung von Parteiverpflichtungen sinnvoll zu wissen, welches Recht auf einen Vertrag Anwendung findet. Zum einen können Konflikte so möglicherweise ganz vermieden werden, und auch die Konfliktlösung selbst wird vereinfacht. Beides führt dazu, dass die Transaktionskosten sinken und beseitigt damit ein bedeutendes Hindernis, das internationalen Vertragsabschlüssen entgegensteht. Da rigide objektive Anknüpfungsmechanismen zwar ein Höchstmaß an Rechtssicherheit gewähren, zugunsten dieser aber der Wert von Einzelfallgerechtigkeit häufig stark an Bedeutung verliert, führten die praktischen Erfahrungen mit rigiden Systemen wie beispielsweise dem Restatement (First) of Conflicts of Laws wegen dieser Unzulänglichkeit zu deren Verwerfung. Denn die durch gesteigerte Rechtssicherheit bewirkte Transaktionskostensenkung ist eben nur ein Aspekt. Daneben kann eine erhebliche Senkung dieser Kosten durch ihre angemessene Verteilung bewirkt werden, indem sie nämlich so verteilt werden, dass sie (relativ) am besten beherrschbar sind und so sinken können¹³⁷⁶. Dies spricht für ein System widerlegbarer Vermutungen, welches diese beiden Aspekte in sich vereinigt. Problematisch bleibt aber, welche Vermutungen zu wählen sind, denn vor allem die Hauptvermutung der charakteristischen Leistung sieht sich erheblicher Kritik ausgesetzt. Die Lösung der Konvention von Mexiko resultiert in großem Ausmaß daher, dass keine anderen zufriedenstellenden Vermutungen gefunden werden konnten.

Eine an der kollisionsrechtlichen Zielsetzung der angemessenen Verteilung von Rechtsinformationskosten und -risiken orientierte Optimierung sowohl des Wertes der Einzelfallgerechtigkeit als auch des der Rechtssicherheit nimmt indes keines der Übereinkommen vor. Die vielfältige am Konzept der charakteristischen Leistung geäußerte Kritik macht deutlich, dass die vom EVÜ gewählte grundsätzliche Anknüpfung an das Recht des Erbringers der charakteristischen Leistung durch ihre als willkürlich empfundene Bevorzugung einer Vertragspartei gerade nicht zu einer solchen angemessenen Kosten- und Risikenverteilung führt. Da in der Praxis die Rolle der Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 5 EVÜ sehr eingeschränkt ist und dieser als Ausnahmenvorschrift sehr eng ausgelegt wird, verstärkt sich dieses Bild. Hier ist die Konvention von Mexiko überlegen, die es erlaubt, für jeden Einzelfall eine angemessene Anknüpfung zu finden, die (auch) diesem Aspekt Rechnung trägt. Eine im Einzelfall angemessene Verteilung der mit jedem internationalen Vertrag verbundenen Informationskosten und -risiken lässt sich mit der individualisierenden Methode der Konvention

¹³⁷⁶ Vgl. Roth, Int.Vers.V.R., S. 383.

von Mexiko leichter bewerkstelligen als mit dem typisierenden Ansatz des EVÜ. Wenn schon ein Abrücken vom Konzept der charakteristischen Leistung in einer Reform des EVÜ kaum zu erwarten ist, so sollte zumindest textlich eine deutliche Ausweitung der Anwendungsmöglichkeiten der Ausweichklausel vorgenommen werden.

Das Bild verändert sich indes in den Fällen, in denen typischerweise schwächere Vertragsparteien mit typischerweise stärkeren kontrahieren. Hier nimmt das EVÜ für einen großen Bereich der Verbraucherverträge sowie der Arbeitsverträge eine typisierende Anknüpfung vor, die materiellrechtliche Wertungen des Schutzes der typisch schwächeren Vertragspartei berücksichtigt. Die Informationsrisiken und -kosten werden hier derjenigen Vertragspartei zugewiesen, die diese Kosten und Risiken vergleichsweise besser beherrschen und reduzieren kann, nämlich der regelmäßig stärkeren und geschäftlich organisierteren Partei¹³⁷⁷. Die Konvention von Mexiko belässt es demgegenüber bei der Generalklausel des Art. 9, die aber eben durch ihre Offenheit auch den Schutz typisch schwächerer Vertragsparteien durch eine diese hinsichtlich der Verteilung der Rechtsinformationskosten und -lasten bevorzugende objektive Anknüpfung gewährleisten kann. In diesem Bereich ist eine Typisierung aber sinnvoll, weil es sich zum einen um eine aufgrund der typischen Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien gut abgrenzbare Art von Verträgen handelt, und zum anderen materiellrechtliche Wertungen die kollisionsrechtliche Begünstigung der einen (regelmäßig schwächeren) Partei gebieten. Während auch die Konvention von Mexiko die Beachtung dieser Aspekte erlaubt, und so wie das EVÜ zu einer Anwendung etwa des Heimatrechts des Verbrauchers oder des Arbeitnehmers gelangen kann, bietet die Lösung des EVÜ hier eine größere Rechtssicherheit und verteilt gleichzeitig die Informationskosten und -risiken schon durch die Typisierung angemessen. Eine Anregung, die aus diesem Vergleich hervorgehen kann, und die auch die Kritik am – als zu eng empfundenen – Anwendungsbereich von Art. 5 EVÜ behebt, könnte die Schaffung einer Generalklausel für die objektive Anknüpfung von Verträgen sein, die unter Beteiligung typisch schwächerer Vertragsparteien geschlossen werden, welche regelmäßig zur Anwendung deren Heimatrechts führt, wenn weitere Verbindungen zu diesem Recht bestehen.

Wenig hilfreich ist dagegen, jedenfalls zur Zeit, der Hinweis der Konvention von Mexiko auf die von internationalen Organisationen anerkannten allgemeinen Prinzipien des internationalen Handelsrechts in Art. 9 Abs. 2 S. 2. Da er nicht dahingehend verstanden werden kann, anationales Recht wie die *lex mercatoria* oder die UNIDROIT-Prinzipien unmittelbar als *lex causae* zur Geltung kommen zu lassen, kann er die stetig größer werdende Kluft zwischen Schieds- und staatlicher Gerichtsbarkeit nicht überbrücken. Eine größere Rolle anationalen Rechts mit einer eindeutigen Berufung durch die Konventionsnormen wäre angesichts dessen wachsender Bedeutung im internationalen Handelsverkehr und dessen steigender Konturenschärfe zu bevorzugen gewesen.

¹³⁷⁷ Vgl. Roth, Int.Vers.V.R., S. 383.

Alles in allem kann der objektive Anknüpfungsmechanismus der Konvention von Mexiko, wie die Parallelen zum Restatement (Second) deutlich machen, seine Wurzeln aus dem Common Law nicht verleugnen. In einem Präjudizienystem ist eine sehr weite Generalklausel eher unproblematisch, denn im Laufe der Zeit stellt sich Rechtssicherheit systemimmanent automatisch ein. In Civil Law Rechtssystemen, bei denen sich Rechtssicherheit schwieriger einstellt, ist es aber vorzugswürdig, dann Typisierungen zu verwenden, wo sie sinnvoll sind, wie zum Schutz typisch schwächerer Vertragsparteien. Da das EVÜ insofern nicht alle Fälle umfasst, ist es angezeigt, eine Generalklausel zum Schutz typisch schwächerer Vertragsparteien bei seiner Reform einzubeziehen oder zumindest den Anwendungsbereich der enthaltenen Vorschriften (insbesondere des Art. 5) zu erweitern. In Fällen, in denen sich Parteien gegenüberstehen, die nicht durch ein regelmäßiges Kräfteungleichgewicht gekennzeichnet sind, erscheint eine Typisierung aber nicht erforderlich. Hier ist es vorzugswürdig, mit der individualisierenden Methode eine im konkreten Einzelfall angemessene Anknüpfung zu ermitteln. Eine Typisierung bietet demgegenüber zwar ein deutliches Mehr an Rechtssicherheit, bleibt aber notwendig hinter der durch eine Rechtswahl erreichten deutlich zurück und kann in den Bereichen, in denen keine erhöhte kollisionsrechtliche Schutzbedürftigkeit der einen oder der anderen Partei besteht, die durch den vorgenommenen „Stichtentscheid“¹³⁷⁸ eintretende kollisionsrechtliche Bevorzugung der einen über die andere Partei nicht rechtfertigen. Daher ist es im Ergebnis, wie *Samtleben*¹³⁷⁹ feststellt: Die Bewertung der Übereinkommen hängt in der Tat zu einem großen Teil von der Einstellung zur „charakteristischen Leistung“ und zum Wert der Rechtssicherheit ab.

Die bedeutendste Norm der Konvention von Mexiko ist Art. 10, der sowohl bei der objektiven als auch der subjektiven Anknüpfung Anwendung findet und den multilateralen Ansatz um den materiellrechtlichen ergänzt. Sein weiterer Anwendungsbereich gestattet um der Ergebnissgerechtigkeit Willen Überlagerungen der *lex causae* und räumt damit mit der „Ergebnisblindheit“ des IPR auf. Damit wird dem Zusammenhang von kollisionsrechtlicher und materiellrechtlicher Gerechtigkeit Rechnung getragen. Der internationale Handel kann gefördert werden, indem seine Gewohnheiten zu einer Basis der richterlichen Entscheidung werden. Damit kann Art. 10 im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 2 auch gelingen, die Kluft zwischen staatlichen Gerichten und der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu verringern, wenn auch nicht vollständig zu überbrücken.

Eine solche Norm mit einem breiten Anwendungsbereich stünde auch dem EVÜ gut an und würde sich in dessen Konzeption unproblematisch einfügen lassen, da auch dort materielle Erwägungen (beim Günstigkeitsvergleich der Artt. 5 und 6) eine Rolle spielen. Es würde also kein gänzlich neuer Gedanke eingeführt, sondern vielmehr ein bereits bestehender Ansatz ausgebaut.

¹³⁷⁸ Vgl. *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 77.

¹³⁷⁹ *Samtleben*, *IPRax* 1998, 385, 393.

Bei der Parteiautonomie treten kaum Unterschiede auf, die Konvention von Mexiko stellt lediglich etwas höhere Anforderungen an eine immanente Rechtswahl, wobei keine der Konventionen eine unerreichbar hohe Messlatte setzt. Nach der hier vertretenen Auslegung gestatten beide Konventionen zwar die Wahl einer neutralen, nicht aber einer anationalen Rechtsordnung. Letzteres ist bei beiden Konventionen negativ zu beurteilen, denn seit die UNIDROIT-Prinzipien oder die Principles of European Contract Law bestehen, liegen umfassende Normsammlungen vor, gegen die der häufig gegen die Wahl der *lex mercatoria* vorgebrachte Vorwurf der „Schwammigkeit“ nicht mehr haltbar ist. Zwar sind diese Rechtssysteme nicht allumfassend, dennoch steht konzeptionell einer Erstreckung der Parteiautonomie auch auf solches anationales Recht nichts im Wege, zumal dieses die Vorteile der Neutralität, der hohen Qualität und der Zugeschnittenheit auf internationale Transaktionen aufweist. Daher wäre die Gestattung der Wahl anationalen Rechts die konsequente Fortführung der Zulassung der Wahl neutralen Rechts.

Erhebliche Unterschiede ergeben sich im Bereich der zwingenden Bestimmungen. Diese Unterschiede resultieren zum einen daraus, dass die Konvention von Mexiko bewusst auf eine Sonderbehandlung typisch schwächerer Vertragsparteien nach dem Vorbild des EVÜ verzichtet. Die Generalklausel des Art. 11 Konvention von Mexiko muss daher den Schutz auch dieser Parteien mit übernehmen, erreicht aber nicht die Schutzintensität, welche die Artt. 5 und 6 EVÜ bei ihrem Eingreifen bei Vorliegen einer Rechtswahl durch den zwangsweisen Vergleich des durch zwei Rechtsordnungen gebotenen Schutzes gewähren. Gerade in solchen Fällen typischen Ungleichgewichts ist ein typisierender Ansatz wie der des EVÜ sinnvoll, denn er bewirkt eine für die weit überwiegende Anzahl von Fällen angemessene Verteilung der Informationskosten und -risiken. Dadurch wird auch das Ziel der weiteren Förderung des internationalen Handels gedient: Je weniger eine Internationalisierung ihres Handelns zu Lasten typisch schwacher Parteien geht, desto eher werden sie dessen Vorteile, etwa der größeren Auswahl an Produkten und Dienstleistungen, in Anspruch nehmen wollen. Unbefriedigend an der Lösung des EVÜ ist jedoch, dass sie den Schutz typisch schwächerer Vertragsparteien aufgrund der als zu eng empfundenen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 5 nur unzureichend erlaubt, ein Mangel der in den Gran Canaria Fällen eklatant zu Tage getreten ist. Auch wird die Gewährung dieser hohen Schutzintensität auf Verbraucher und Arbeitnehmer beschränkt. Als Lösung böte sich, insofern parallel zur objektiven Anknüpfung, die Entwicklung einer Generalklausel an, die festschreibt, welche zwingenden Bestimmungen in Situationen typischen Ungleichgewichts zwischen den Parteien Anwendung zu finden haben. Alternativ bietet sich an, den Anwendungsbereich insbesondere des Art. 5 EVÜ auszuweiten. Daneben könnten für andere typisch schwächere Vertragsparteien ähnliche Sonderregelungen entwickelt werden.

Ferner ist bei der Konvention von Mexiko zu bemängeln, dass sie für das „ob“ und „wie“ der Anwendung drittstaatlicher zwingender Bestimmungen noch weniger Anhaltspunkte gibt, als der für seine diesbezügliche Unpräzision mannigfaltig kritisierte Art. 7 Abs. 1 EVÜ.

Sinnvoll wäre schließlich – selbst wenn die Konvention von Mexiko, die dem Weg des EVÜ folgt, hier kein Vorbild ist – bei einer Neuregelung des EVÜ eine Klarstellung, wie mit international zwingenden Bestimmungen des Vertragsstatuts zu verfahren ist.

Die für die Vertragswirksamkeit getroffene Regelung der Konvention von Mexiko überzeugt hingegen uneingeschränkt. Bei der Beurteilung der formellen Vertragswirksamkeit bietet sie eine konsequente Ausweitung des Gedankens des *favor negotii*, indem sie neben der *lex causae* und der *lex loci contractus* anders als das EVÜ auch die *lex loci executionis* in den Kreis der zu beachtenden Rechtsordnungen mit einbezieht. Damit verringert sich das Risiko, dass ein internationaler Vertrag an Formmängeln scheitert gegenüber dem EVÜ weiter, was den Konventionszielen gerecht wird. Eine solche Erweiterung des *favor negotii* stünde auch dem EVÜ gut an.

Die Reichweite des Vertragsstatuts wiederum ist bei beiden Konventionen mit nahezu identischen Formulierungen beispielhaft umrissen. Große Unterschiede bestehen hingegen bei den getroffenen Sonderregelungen. So unterwirft das EVÜ sinnvollerweise die Art und Weise der Erfüllung ebenso einer Sonderregelung wie die Forderungsübertragung. Hier bleibt der Konvention von Mexiko nur der Weg über die allgemeinen Vorschriften, wobei über Art. 10 im Einzelfall Korrekturen möglich sind. Wegen der Stichhaltigkeit der getroffenen Interessenabwägung ist hier die Regelung des EVÜ vorzuziehen. Auf der anderen Seite überzeugt dagegen der Weg der Konvention von Mexiko, Art. 10 über Art. 15 auch auf das internationale Vertretungsrecht zu erstrecken. Zwar ist an Art. 15 seine missverständliche Formulierung zu kritisieren, die Erstreckung des Art. 10 auf ein Rechtsgebiet, in dem häufig Probleme auftreten, die internationale Transaktionen behindern, ist aber bei einer Konvention plausibel, die sich der Förderung eben dieser Transaktionen verschrieben hat.

Schließlich besteht ein Unterschied im Bereich des *ordre public*-Vorbehalts. Das EVÜ verwirklicht den Gedanken der *comitas* überzeugender und nimmt den geringst möglichen Eingriff vor, indem nur auf das Ergebnis der Rechtsanwendung abgestellt wird, während die Konvention von Mexiko schon einen *ordre public* Verstoß des Inhalts des berufenen Rechts genügen lässt. Leider verbietet der eindeutige Wortlaut der Konvention von Mexiko hier eine Interpretation im Sinne des EVÜ.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Konvention von Mexiko nur in einigen Bereichen einen Fortschritt gegenüber dem EVÜ darstellt, in anderen Bereichen aber gar einen Rückschritt bedeutet. Ihre bedeutendste und wegweisende Leistung ist die generelle und nicht nur ausschnittsweise Kombination eines multilateralen Systems mit dem materiellrechtlichen Ansatz durch Art. 10. Die Erstreckung auf das internationale Vertretungsrecht durch Art. 15 steigert seine Bedeutung nochmals. Die Finalität der materiellen Ergebnisgerechtigkeit und der breite berufene Normkreis geben der Norm eine Bedeutung, die weit über Art. 9 Abs. 2 UN-KaufR oder § 346 HGB hinausgeht. Ebenfalls genießt Art. 3 Konvention von Mexiko mit seinem Postulat einer zukunfts-offenen Auslegung des Übereinkommens Vorbildfunktion. Dem Ziel der Vereinfachung internationaler Vertragsabschlüsse kann diese Norm

dadurch gerecht werden, dass die Anwendung der Konvention auf zukünftig auftretende Verträge sichergestellt ist und damit dahingehend erhöhte Rechtssicherheit herrscht. Dieses Ziel wird auch durch Art. 13 Konvention von Mexiko bestärkt, welcher den *favor validitatis* gegenüber dem EVÜ nochmals stärkt. Problematisch ist dagegen der an das Restatement (Second) angelehnte Mechanismus zur objektiven Anknüpfung. Durch die weitgehende Konturlosigkeit besteht die Gefahr, dass „das Prinzip der Individualgerechtigkeit in konturlose Billigkeit umschlägt“¹³⁸⁰, eine Gefahr, die in Civil Law Rechtssystemen deutlicher zu Tage tritt als in Common Law Rechtsordnungen. Sinnvoll wäre hier eine Kombination des Ansatzes der Kombination von Mexiko mit dem des EVÜ: Typisierung da, wo sie erforderlich ist, um kollisionsrechtlich schutzbedürftigen Parteien diesen Schutz zu gewähren und ein Verzicht darauf, wo es sich bei einer Typisierung nur um eine Stichentscheid zu Gunsten der einen oder anderen Partei handelt mit der Folge der Anwendung eines individualisierenden Ansatzes, der zu einer in jedem Einzelfall angemessenen Lösung führen kann. Die Konvention von Mexiko erreicht also ihr Ziel der Vereinfachung internationaler Transaktionen gegenüber dem EVÜ nur in einigen Ausschnitten, nicht aber in ihrer Gesamtheit.

¹³⁸⁰ Vgl. Coester, ZVglRWiss 82 (1983) 1, 17.

Anhang I: Die Konvention von Mexiko (englischer Wortlaut)

INTER-AMERICAN CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL CONTRACTS¹³⁸¹

Signed at Mexico, D.F., Mexico, on March 17, 1994, at the Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-V)

The States Parties to this Convention,
REAFFIRMING their desire to continue the progressive development and codification of private international law among member States of the Organization of American States;
REASSERTING the advisability of harmonizing solutions to international trade issues;
BEARING in mind that the economic interdependence of States has fostered regional integration and that in order to stimulate the process it is necessary to facilitate international contracts by removing differences in the legal framework for them,
HAVE AGREED to approve the following Convention:

CHAPTER I

Scope of Application

Article 1

This Convention shall determine the law applicable to international contracts.

It shall be understood that a contract is international if the parties thereto have their habitual residence or establishments in different States Parties or if the contract has objective ties with more than one State Party.

This Convention shall apply to contracts entered into or contracts to which States or State agencies or entities are party, unless the parties to the contract expressly exclude it. However, any State Party may, at the time it signs, ratifies or accedes to this Convention, declare that the latter shall not apply to all or certain categories of contracts to which the State or State agencies and entities are party.

Any State Party may, at the time it ratifies or accedes to this Convention, declare the categories of contract to which this Convention will not apply.

Article 2

The law designated by the Convention shall be applied even if said law is that of a State that is not a party.

¹³⁸¹ Vgl. auch den (teilweise fehlerhaften) Abruck in I.L.M. 33 (1994), 732 ff.

Article 3

The provisions of this Convention shall be applied, with necessary and possible adaptations, to the new modalities of contracts used as a consequence of the development of international trade.

Article 4

For purposes of interpretation and application of this Convention, its international nature and the need to promote uniformity in its application shall be taken into account.

Article 5

This Convention does not determine the law applicable to:

- a) questions arising from the marital status of natural persons, the capacity of the parties, or the consequences of nullity or invalidity of the contract as a result of the lack of capacity of one of the parties;
- b) contractual obligations intended for successional questions, testamentary questions, marital arrangements or those deriving from family relationships;
- c) obligations deriving from securities;
- d) obligations deriving from securities transactions;
- e) the agreements of the parties concerning arbitration or selection of forum;
- f) questions of company law, including the existence, capacity, function and dissolution of commercial companies and juridical persons in general.

Article 6

The provisions of this Convention shall not be applicable to contracts which have autonomous regulations in international conventional law in force among the States Parties to this Convention.

CHAPTER 2

Determination of applicable law

Article 7

The contract shall be governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties' behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole. Said selection may relate to the entire contract or to a part of same.

Selection of a certain forum by the parties does not necessarily entail selection of the applicable law.

Article 8

The parties may at any time agree that the contract shall, in whole or in part, be subject to a law other than that to which it was previously subject, whether or not that law was chosen by the parties. Nevertheless, that modification shall not affect the formal validity of the original contract nor the rights of third parties.

Article 9

If the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ties.

The Court will take into account all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closest ties. It shall also take into account the general principles of international commercial law recognized by international organizations.

Nevertheless, if a part of the contract were separable from the rest and if it had a closer tie with another State, the law of that State could, exceptionally, apply to that part of the contract.

Article 10

In addition to the provisions in the foregoing articles, the guidelines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usage and practices generally accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case.

Article 11

Notwithstanding the provisions of the preceding articles, the provisions of the law of the forum shall necessarily be applied when they are mandatory requirements.

It shall be up to the forum to decide when it applies the mandatory provisions of the law of another State with which the contract has close ties.

CHAPTER 3

Existence and Validity of the Contract

Article 12

The existence and the validity of the contract or of any of its provisions, and the substantive validity of the consent of the parties concerning the selection of the applicable law, shall be governed by the appropriate rules in accordance with Chapter 2 of this Convention.

Nevertheless, to establish that one of the parties has not duly consented, the judge shall determine the applicable law, taking into account the habitual residence or principal place of business.

Article 13

A contract between parties in the same State shall be valid as to form if it meets the requirements laid down in the law governing said contract pursuant to this Convention or with those of the law of the State in which the contract is valid or with the law of the place where the contract is performed.

If the persons concerned are in different States at the time of its conclusion, the contract shall be valid as to form if it meets the requirements of the law governing it as to substance, or those of the law of one of the States in which it is concluded or with the law of the place where the contract is performed.

CHAPTER 4

Scope of the applicable law

Article 14

The law applicable to the contract in virtue of Chapter 2 of this Convention shall govern principally:

- a) its interpretation;
- b) the rights and obligations of the parties;
- c) the performance of the obligations established by the contract and the consequences of nonperformance of the contract, including assessment of injury to the extent that this may determine payment of compensation;
- d) the various ways in which the obligations can be performed, and prescription and lapsing of actions;
- e) the consequences of nullity or invalidity of the contract.

Article 15

The provisions of Article 10 shall be taken into account when deciding whether an agent can obligate its principal or an agency, a company or a juridical person.

Article 16

The law of the State where international contracts are to be registered or published shall govern all matters concerning publicity in respect of same.

Article 17

For the purposes of this Convention, "law" shall be understood to mean the law current in a State, excluding rules concerning conflict of laws.

Article 18

Application of the law designated by this Convention may only be excluded when it is manifestly contrary to the public order of the forum.

CHAPTER 5

General Provisions

Article 19

In a State Party, the provisions of this Convention shall apply to contracts concluded subsequent to its entry into force in that State.

Article 20

This Convention shall not affect the application of other international conventions to which a State Party to this Convention is or becomes a party, insofar as they are pertinent, or those concluded within the context of integration movements.

Article 21

When signing, ratifying or acceding to this Convention, States may formulate reservations that apply to one or more specific provisions and which are not incompatible with the effect and purpose of this Convention.

A State Party may at any time withdraw a reservation it has formulated. The effect of such reservation shall cease on the first day of the third calendar month following the date of notification of withdrawal.

Article 22

In the case of a State which has two or more systems of law applicable in different territorial units with respect to matters covered by the Convention: a) any reference to the laws of the State shall be construed as a reference to the laws in the territorial unit in question; b) any reference to habitual residence or place of business in that State shall be construed as a reference to habitual residence or place of business in a territorial unit of that State.

Article 23

A State within which different territorial units have their own systems of law in regard to matters covered by this Convention shall not be obliged to apply this Convention to conflicts between the legal systems in force in such units.

Article 24

If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification or ac-

cession, declare that this Convention shall extend to all its territorial units or to only one or more of them.

Such declaration may be modified by subsequent declarations, which shall expressly indicate the territorial unit or units to which the Convention applies. Such subsequent declarations shall be transmitted to the General Secretariat of the Organization of American States, and shall take effect ninety days after the date of their receipt.

CHAPTER 6

Final Clauses

Article 25

This Convention shall be open to signature by the member States of the Organization of American States.

Article 26

This Convention shall be subject to ratification. The instruments of ratification shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States.

Article 27

This Convention shall remain open for accession by any other State after it has entered into force. The instruments of accession shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States.

Article 28

This Convention shall enter into force for the ratifying States on the thirtieth day following the date of deposit of the second instrument of ratification.

For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the second instrument of ratification, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.

Article 29

This Convention shall remain in force indefinitely, but any of the States Parties may denounce it. The instrument of denunciation shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States. After one year from the date of deposit of the instrument of denunciation, the Convention shall no longer be in force for the denouncing State.

Article 30

The original instrument of this Convention, the English, French, Portuguese and Spanish texts of which are equally authentic, shall be deposited with the General Secretariat of the

Organization of American States, which shall forward an authenticated copy of its text to the Secretariat of the United Nations for registration and publication in accordance with Article 102 of its Charter. The General Secretariat of the Organization of American States shall notify the Member States of the Organization and the States that have acceded to the Convention of the signatures, deposits of instruments of ratification, accession and denunciation, as well as of reservations, if any, and of their withdrawal.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned Plenipotentiaries, being duly authorized thereto by their respective Governments, do hereby sign the present Convention.

DONE AT MEXICO, D.F., MEXICO, this seventeenth day of March, one thousand nine hundred and ninety-four.

Anhang II: Die Konvention von Mexiko (spanischer Wortlaut)

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V)

Los Estados Partes de esta Convención,

REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos;

REITERANDO la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional;

CONSIDERANDO que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y que para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico,

HAN CONVENIDO aprobar la siguiente Convención:

CAPITULO PRIMERO

Ámbito de aplicación

Artículo 1

Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales.

Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.

Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente.

Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte.

Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.

Artículo 2

El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte.

Artículo 3

Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.

Artículo 4

Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.

Artículo 5

Esta Convención no determina el derecho aplicable a:

- a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes;
- b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia;
- c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito;
- d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores;
- e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro;
- f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.

Artículo 6

Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención.

CAPITULO SEGUNDO

Determinación del derecho aplicable

Artículo 7

El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

Artículo 8

En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.

Artículo 9

Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.

Artículo 10

Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

Artículo 11

No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.

Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

CAPITULO TERCERO

Existencia y validez del contrato

Artículo 12

La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho

aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo.

Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.

Artículo 13

Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.

Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución.

CAPITULO CUARTO

Ámbito del derecho aplicable

Artículo 14

El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente:

- a) su interpretación;
- b) los derechos y las obligaciones de las partes;
- c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;
- d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;
- e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.

Artículo 15

Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.

Artículo 16

El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos.

Artículo 17

Para los efectos de esta Convención se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

Artículo 18

El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

CAPITULO QUINTO

Disposiciones generales

Artículo 19

Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en un Estado Parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en ese Estado Parte.

Artículo 20

Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.

Artículo 21

En el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención, los Estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de esta Convención.

Un Estado Parte podrá retirar en cualquier momento la reserva que haya formulado. El efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes calendario siguiente a la fecha de notificación del retiro.

Artículo 22

Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado.

Artículo 23

Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales.

Artículo 24

Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas.

CAPITULO SEXTO

Cláusulas finales

Artículo 25

Esta Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 26

Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 27

Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigencia. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 28

Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 29

Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha

de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.

Artículo 30

El instrumento original de esta Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.

EN FE DE LO CUAL los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman esta Convención.

HECHO EN LA CIUDAD DE MÉXICO, D.F., MÉXICO, el día diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

Literatur

- Abend, Martin** Die lex validitatis im internationalen Vertragsrecht –
Zugleich eine Untersuchung Ehrenzweigs Lehre von
der Rule of Validation im amerikanischen Kollisions-
recht für Verträge, Heidelberg 1994
- Achilles, Wilhelm-Albrecht** Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen
(CISG), Neuwied 2000
- Adame, Jorge** The UNIDROIT-Principles and NAFTA, Ann.Surv.Int'l
& Comp.L. 4 (1997), S. 56 ff.
- American Law Institute** Restatement of the Law of Conflict of Laws, St. Paul
1934
(zitiert: Restatement (First) of Conflict of Laws)
- dass.** Restatement of the Law, Second, of Conflict of Laws,
St. Paul 1971
(zitiert: Restatement (Second) of Conflict of Laws)
- dass.** Restatement of the Law, Second, of Contracts, St.
Paul 1981
(zitiert: Restatement (Second) of Contracts)
- Anderegg, Kirsten** Die Anwendung Ausländischer Eingriffsnormen –
Diskussionsbericht zum Symposium „Extraterritoriale
Anwendung von Wirtschaftsrecht“, Hamburg 1986,
RabelsZ (52) 1988, S. 260 ff.
- Arcagni, José Carlos** La Convención Interamericana sobre derecho
aplicable a los contratos internacionales,
Rev.Jur.Arg. La Ley 1996 A, S. 1434 ff.
- Audit, Bernard** Droit International Privé, Paris 1991

- Bar, Christian von** Internationales Privatrecht – Erster Band – Allgemeine Lehren, München 1987
(zitiert: v. Bar I)
- ders.** Internationales Privatrecht – Zweiter Band – Besonderer Teil, München 1991
(zitiert: v. Bar II)
- ders.** Abtretung und Legalzession im neuen deutschen Internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 53 (1989), S. 462 ff.
- Basedow, Jürgen** Die Neuregelung des Internationalen Privat- und Prozeßrechts, *NJW* 1986, S. 2971 ff.
- ders.** Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, *RabelsZ* 59 (1995), S. 1 ff.
- ders.** Internationales Factoring zwischen Kollisionsrecht und UNIDROIT-Konvention, *ZEuP* 5 (1997), S. 615 ff.
- Basedow, Jürgen;
Drasch, Wolfgang** Das neue Internationale Versicherungsvertragsrecht, *NJW* 1991, S. 785 ff.
- Baumann, Antje** Japan Rom Mexico City – Fortschritte? Die Anknüpfung von Schuldverträgen nach der Interamerikanischen Konvention im Vergleich zur römischen EWG-Konvention und zum japanischen Internationalen Schuldvertragsrecht, *Das Recht Deutschlands und der Schweiz im Dialog* 5 (1996), S. 2 ff.
- Baumert, Andreas J.** Die Umsetzung des Art. 6 Abs. 2 der AGB-Richtlinie im System des europäischen kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes, *EWS* 1995, S. 57 ff.
- Beale, Joseph H.** A Treatise on the Conflict of Laws, Zweiter Band, New York 1935

- Becher, Herbert J.** Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil I, Spanisch – Deutsch, 5. Auflage, München 1999
- Beck, Andrew** Floating choice of law clauses, L.M.C.L.Q. 1987, S. 523 ff.
- Bernhardt, Wilfried** Die Neuregelung des Internationalen Privatrechts, DB 1986, S. 2009 ff.
- Bianca, Cesare Massimo;
Bonell, Michael Joachim** Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention, Mailand 1987 (zitiert: Bianca/Bonell-Bearbeiter)
- Birk, Rolf** Arbeitsrecht und internationales Privatrecht, RdA 1999, S. 13 ff.
- Black, Henry Campbell** Black's Law Dictionary, Abridged 6. Auflage, St. Paul 1991
- Blaurock, Uwe** Vermutungen und Ausweichklausel in Art. 4 EVÜ – ein tauglicher Kompromiß zwischen starren Anknüpfungsregeln und einem *flexible approach?*, in FS Hans Stoll, Tübingen 2001, S. 463 ff.
- Bleckmann, Albert** Europarecht – Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Auflage, Köln 1997 (zitiert: Bleckmann-Bearbeiter)
- Blumenwitz, Dieter** Zum Kollisionsrecht der notariellen Urkunde, DNotZ 1968, S. 712 ff.
- Boele-Woelki, Katharina** Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge, IPRax 1997, S. 161 ff.

- Boggiano, Antonio** La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT, Uniform L.Rev. 1 (1996), S. 219 ff.
- Bonell, Michael Joachim** An International Restatement of Contract Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2. Auflage, New York 1997
- ders.** Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge, *RebelsZ* 56 (1992), S. 274 ff.
- ders.** Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts, *Am.J.Comp.L.* 40 (1992), S. 617 ff.
- Borchers, Patrick J.** The Internationalization of Contractual Conflicts Law, *Vand.J.Transnat'l.L.* 28 (1995), S. 421 ff.
- Borchmann, Michael** Die Bundesgesetzgebung zu internationalen Abkommen in den Jahren 1997 und 1998, *NJW* 1999, S. 1223 ff.
- Borges, Georg** Weltweite Geschäfte per Internet und deutscher Verbraucherschutz, *ZIP* 1999, S. 565 ff.
- Bredimas, Anna** *Methods of Interpretation and Community Law*, Amsterdam 1978
- Briggs, Adrian** The validity of “floating” choice of law and jurisdiction clauses, *L.M.C.L.Q.* 1986, S. 508 ff.
- Brödermann, Eckart;
Iversen, Holger** *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen 1994

- Burman, Harold S.** International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s, Vand.J.Transnat'l.L. 28 (1995) S. 367 ff.
- Busse, Daniel** Die Berücksichtigung ausländischer „Eingriffsnormen“ durch die deutsche Rechtsprechung, ZVglRWiss 95 (1996), S. 386 ff.
- Cheatham, Elliot E.;**
Grisworld, Erwin N.;
Reese, Willis L. M.;
Rosenberg, Maurice Cases and Materials on Conflict of Laws, 5. Auflage, New York 1964
- Cheshire, Geoffrey Chevalier;**
North, Peter Machin Private International Law, 13. Auflage, London 1999, von Peter M. North und J. J. Fawcett (zitiert: Cheshire/North)
- Cicero, Jorge** International Law in Mexican Courts, Vand.J.Transnat'l.L. 30 (1997), S. 1035 ff.
- Coester, Michael** Die Berücksichtigung fremden zwingenden Rechts neben dem Vertragsstatut – Rechtsmethodische und -politische Überlegungen zu Art. 7 Abs. 1 des europäischen Vertragsübereinkommens vom 19. 6. 1980, ZVglRWiss 82 (1983), S. 1 ff.
- Collins, Lawrence** Practical Implications in England of the E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, in P. M. North (Hrsg.), Contract Conflicts – The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study, Amsterdam 1982, S. 205 ff.
(zitiert: *Bearbeiter* in North, Contract Conflicts)
- Constantinesco, Léontin-Jean** Das Recht der Europäischen Gemeinschaften – Das institutionelle Recht, Baden-Baden 1977

- Creifelds, Carl** Rechtswörterbuch, 11. Auflage, München 1992
- Currie, Brainerd** Selected Essays on the Conflict of Laws, Durham 1963
- Czernich, Dietmar;**
Heiss, Helmut EVÜ – Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen, Wien 1999
(zitiert: Czernich/Heiss – *Bearbeiter*).
- d'Oliveira, Hans Ulrich Jessurun** "Characteristic Obligation" In The Draft EEC Obligation Convention, Am.J.Comp.L 25 (1977), S. 303 ff.
- Däubler, Wolfgang** Das neue Internationale Arbeitsrecht, RIW 1987, S. 249 ff.
- Dauses, Manfred A.** Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band I, München 2001
(zitiert: Dauses-*Bearbeiter*)
- Dicey, Albert Venn;**
Morris, John Humphrey Carlile The Conflict of Laws, Band 2, 13. Auflage, London 2000 von Lawrence Collins
(zitiert: Dicey/Morris II)
- Dreyzin de Klor, Adriana S.**
Saracho Cornet, Teresita Nelly Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México 1994), Rev.Jur.Argent. La Ley 1995-D, S. 1036 ff.
- Drobnig, Ulrich** Das Profil des Wirtschaftskollisionsrechts – Einführende Bemerkungen zum Symposium „Extraterritoriale Anwendung von Wirtschaftsrecht“, Hamburg 1986, RabelsZ 52 (1988), S. 1 ff.
- Einsele, Dorothee** Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht, RabelsZ 60 (1996), S. 417 ff.

- dies.** Das Internationale Privatrecht der Forderungszession und der Schuldnerschutz – Unter besonderer Berücksichtigung des englischen und französischen Rechts, ZVglRWiss 90 (1991), S. 1 ff.
- Ensthaler, Jürgen** Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Auflage, Neuwied 1999
(zitiert: *Ensthaler/Bearbeiter*, GK-HGB)
- Erman, Walter** Bürgerliches Gesetzbuch, Band II, 10. Auflage, München 2000
(zitiert: *Erman-Bearbeiter*)
- Fernández Arroyo, Diego P.** La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1995), S. 178 ff.
- ders.** La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales Aprobada por la CIDIP V (Hecha en México, D. F., el 17 de Marzo de 1994), Rev.Esp.Der.Int. 46 (1994), S. 929 ff.
- Fischer, Gerfried** Verkehrsschutz im internationalen Vertragsrecht, Köln 1990
- Fletcher, Justin P.** An Argument for Ratification: Some Basic Principles of the 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, Ga.J.Int'l & Comp.L. 27 (1999), S. 477 ff.
- Folsom, Ralph;
Folsom, W. Davis** Understanding NAFTA and its International Business Implications, Aiken 1996
- Foyer, Jacques** Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, J.Dr.Int'l 118 (1991), S. 601 ff.

- Fresnedo de Aguirre, Cecilia** La Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) – Mexico – 1994, An.Der.Com. 7 (1996) S. 191 ff.
- dies.** Los Contratos de Transporte y de Seguros Frente a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, Rev.Transp.Seguros 8 (1995) S. 157 ff.
- Gabler, Theodor** Wirtschaftslexikon, Band 7, 13. Auflage 1993
- Gamillscheg, Franz** Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht, ZfA 1983, S. 307 ff.
- ders.** Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht, in AcP 157 (1958/59), S. 303 ff.
- Garro, Alejandro M.** Unification and Harmonization of Private Law in Latin America, Am.J.Comp.L. 40 (1992) S. 587 ff.
- Geimer, Reinhold;
Schütze, Rolf A.** Europäisches Zivilverfahrensrecht – Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano Übereinkommen, München 1997
- Giuliano, Mario;
Lagarde, Paul** Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, BT Drucksache 10/503, S. 33 ff.
- Gonzalez de Cossio, Francisco** La Convención Interamericana y los Contratos Internacionales, Jurídica 27 (1997), S. 119 ff.
- Grabitz, Eberhard;
Hilf, Meinhard** Das Recht der Europäischen Union, Band 1 – EUV/EGV (Amsterdamer Fassung), München 2000 (zitiert: Grabitz/Hilf-Bearbeiter)

- Gruber, Joachim** Vertragsschluss im Internet unter kollisionsrechtlichen Aspekten, DB 1999, S. 1437 ff.
- Hartley, Trevor C.** Beyond the Proper Law – Mandatory Rules under Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Eur.L.Rev. 4 (1979), S. 236 ff.
- Heiskanen, Veijo** Dispute Resolution in International Electronic Commerce, 16-J.Int.Arb.3 (1999), S. 29 ff.
- Herbert, Ronald** La Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable A Los Contratos Internacionales, Rev.Urug.DIP 1 (1994) S. 45 ff.
- Hernández-Bretón, Eugenio** Internationale Handelsverträge im Lichte der Interamerikanischen Konvention von Mexiko über das auf internationale Verträge anwendbare Recht, IPRax 1998, S. 378 ff.
- Hoffmann, Bernd von** Internationales Privatrecht, 6. Auflage, München 1999
- ders.** Über den Schutz des Schwächeren bei Internationalen Schuldverträgen, RabelsZ 38 (1974), S. 296 ff.
- ders.** Inländische Sachnormen mit zwingendem internationalem Anwendungsbereich, IPRax 1989 S. 261 ff.
- Holl, Volker H.;**
Keßler, Oliver „Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“ und Einheitsrecht – Die Stellung der Handelsbräuche und Gepflogenheiten im Wiener UN-Kaufrecht, RIW 1995, S. 457 ff.

- Honsell, Heinrich** Kommentar zum UN-Kaufrecht – Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), Berlin 1996
(zitiert: Honsell-*Bearbeiter*)
- Howard, M. N.** Floating Choice of Law Clauses, L.M.C.L.Q. 1995, S. 1 ff.
- Jaffey, A. J. E.** Choice of Law in Relation to ius dispositivum with Particular Reference to the E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, in P. M. North (Hrsg.), Contract Conflicts – The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study, Amsterdam 1982, S. 33 ff.
(zitiert: *Bearbeiter* in North, Contract Conflicts)
- Juenger, Friedrich K.** General Course on Private International Law, Academie de Droit International – Recueil des Cours / Collected Courses of the Hague Academy of International Law 4 (1985), S. 131 ff.
- ders.** The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons, Am.J.Comp.L. 42 (1994), S. 381 ff.
- ders.** American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant, Vand.J.Transnat'l.L. 28 (1995), S. 487 ff.
- ders.** Contract Choice of Law in the Americas, Am.J.Comp.L. 25 (1997), S. 195 ff.
- ders.** Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht – Eine Kritik aus amerikanischer Sicht, RabelsZ 46 (1982), S. 57 ff.

- ders.** El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, *Jurídica* 23 (1994) S. 49 ff.
- ders.** The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law, in *Contratación Internacional – Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Mexiko 1998
- ders.** The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An American Assessment, in P. M. North (Hrsg.), *Contract Conflicts – The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam 1982, S. 295 ff.
(zitiert: *Bearbeiter* in North, *Contract Conflicts*)
- ders.** Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law: A Tribute to Symeon C. Symeonides – The Lex Mercatoria and Private International Law, *La.L.Rev.* 60 (2000), S. 1133 ff.
- Junker, Abbo** Die „zwingenden Bestimmungen“ im neuen internationalen Arbeitsrecht, *IPRax* 1989, S. 69 ff.
- Kaczorowska, Alina** L'Internationalité d'un Contrat, *Rev.Dr.Internat. et Dr.Comparé* 1995, S. 204 ff.
- Kaiser, Erhard** Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession im IPR – Rechtsvergleichende Darstellung von Zession und Zessionsstatut im deutschen, österreichischen, schweizerischen, französischen, englischen und US-amerikanischen Recht, Pfaffenweiler 1986
- Kappus, Andreas** „Lex mercatoria“ als Geschäftsstatut vor staatlichen Gerichten im deutschen internationalen Schuldrecht, *IPRax* 1993, S. 137 ff.

- Kassis, Antoine** Le nouveau droit européen des contrats internationaux, Paris 1993
- Kegel, Gerhard** Buchbesprechung: Franz Schwind: Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts, Wien-New York, AcP 178 (1978), S. 118 ff.
- Kegel, Gerhard;
Schurig, Klaus** Internationales Privatrecht, 8. Auflage, München 2000
- Keller, Hubertus** Zessionsstatut im Lichte des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980, München 1985
- Keller, Max;
Siehr, Kurt** Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986
- Kieninger, Eva-Maria** Das Statut der Forderungsabtretung im Verhältnis zu Dritten, RabelsZ 62 (1998), S. 678 ff.
- Koller, Ingo;
Roth, Wulf-Henning;
Morck, Winfried** Handelsgesetzbuch – Kommentar, 2. Auflage, München 1999
(zitiert: Koller/Roth/Morck-Bearbeiter)
- Köndgen, Johannes** Mindestharmonisierung im europäischen Bankrecht – konzeptionelle Grundlagen, in Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Sammelband Nr. 70, Bonn 1996, S. 1 ff.
- Kost, Manfred** Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht, Frankfurt am Main 1995
- Kozolchyk, Boris** The UNIDROIT Principles as a Model for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas, Am.J.Comp.L. 46 (1998), S. 151 ff.

Kroeger, Helga Elisabeth

Der Schutz der „marktschwächeren“ Partei im Internationalen Vertragsrecht, Frankfurt am Main 1984

Kropholler, Jan

Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 4. Auflage, Tübingen 2001
(zitiert: Kropholler, IPR)

ders.

Europäisches Zivilprozessrecht – Kommentar zu EuGVÜ und Lugano Übereinkommen; 6. Auflage, Heidelberg 1998
(zitiert: Kropholler, EuZPR)

Lagarde, Paul

Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, Rev.Crit.Dr.Internat.Privé 80 (1991), S. 287 ff.

ders.

The Scope of the Applicable Law in the E.E.C. Convention, in P. M. North (Hrsg.), Contract Conflicts – The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study, Amsterdam 1982, S. 49 ff.
(zitiert: *Bearbeiter* in North, Contract Conflicts)

Lamm, Martin Nyota

Die Interamerikanischen Spezialkonferenzen für Interamerikanisches Privatrecht, Würzburg 2000

Lando, Ole

The Conflict of Laws of Contracts General Principles, Académie de Droit International – Recueil des Cours / Collected Courses of the Hague Academy of International Law 6 (1984), S. 119 ff.

ders.

Contracts, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Band III – Private International Law, Den Haag 1976
(zitiert: *Lando*, Int.Enc.Comp.L.)

- ders.** The Interpretation of Contracts in the Conflict of Laws, *RabelsZ* 38 (1974), S. 388 ff.
- ders.** The 1995 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods, *RabelsZ* 57 (1993), S. 155 ff.
- Leflar, Robert A.** Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law, *N.Y.U.L.Rev.* 41 (1966), S. 367 ff.
- ders.** More on Choice Influencing Considerations, *Calif.L.Rev.* 54 (1966), S. 1584 ff.
- Leyva Saavedra, José** La Convención Interamericana Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, *Rev.Jur.Perú* 48 (1998) S. 315 ff.
- Longworth, Elisabeth** The Possibilities for a Legal Framework for Cyberspace – including a New Zealand Perspective, in *Law of Cyberspace Series, Vol. 1 – The International Dimension of Cyberspace Law*, Dartmouth 2000
- Lorenz, Egon** Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, *RIW* 1987, S. 569 ff.
- Lorenz, Werner** Kollisionsrecht des Verbraucherschutzes: Anwendbares Recht und internationale Zuständigkeit, *IPRax* 1994, S. 429 ff.
- ders.** Der Bereicherungsausgleich im deutschen internationalen Privatrecht und in rechtsvergleichender Sicht, in *FS für Konrad Zweigert*, Tübingen 1981, S. 199 ff.
- ders.** Vom alten zum neuen internationalen Schuldvertragsrecht, *IPRax* 1987, S. 269 ff.
- Loussouarn, Yvon ;
Bourel, Pierre** *Droit international privé*, 5. Auflage, Paris 1996

- Lüderitz, Alexander** „Verbraucherschutz“ im internationalen Vertragsrecht – ein Zuständigkeitsproblem, in *Ius Inter Nationes*, FS für Stefan Riesenfeld, Heidelberg 1983, S. 147 ff.
- ders.** Internationaler Verbraucherschutz in Nöten, *IPRax* 1990, S. 216 ff.
- ders.** Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Neuwied 1992 (zitiert: *Lüderitz*, IPR)
- Maekelt, Tatiana B. de** Das neue venezolanische Gesetz über Internationales Privatrecht, *RabelsZ* 64 (2000), S. 299 ff.
- Magnus, Ulrich** Englisches Kündigungsrecht auf deutschem Schiff – Probleme des internationalen Seearbeitsrechts, *IPRax* 1991, S. 382 ff.
- Malloy, Susie A.** The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Another Piece of the Puzzle of the Law Applicable to International Contracts, *Fordham Int'l L.J.* 19 (1995), S. 662 ff.
- Maniruzzaman, Abdul F. M.** The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?, *Am.U.Int'l L.Rev.* 14 (1999), S. 657 ff.
- Mankowski, Peter** Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, *RabelsZ* 63 (1999), S. 203 ff.
- ders.** Strukturfragen des internationalen Verbrauchervertragsrechts, *RIW* 1993, S. 453 ff.
- ders.** Zur Analogie im internationalen Schuldvertragsrecht, *IPRax* 1991, S. 305 ff.
- Mann, Frederick Alexander** The Proper Law of the Contract – An Orbituary, *L.Q.R. (The Law Quarterly Review)* 107 (1991), S. 353 ff.

- Martiny, Dieter** Internationales Vertragsrecht zwischen Rechtsgefälle und Vereinheitlichung – Zum Römischen Übereinkommen vom 19. Juni 1980, ZeuP 3 (1995), S. 67 ff.
- ders.** Europäisches Internationales Vertragsrecht – Erosion der Römischen Konvention?, ZeuP 5 (1997), S. 107 ff.
- Mehring, Josef** Internet-Verträge und internationales Vertragsrecht, CR 1998, S. 613 ff.
- Meyer-Sparenberg, Wolfgang** Staatsvertragliche Kollisionsnormen, Berlin 1990
- ders.** Rechtswahlvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, RIW 1989, S. 347 ff.
- Michaels, Ralf** Privatautonomie und Privatkodifikation – Zur Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien, RabelsZ 62 (1998), S. 580 ff.
- Mincke, Wolfgang** Die Parteiautonomie: Rechtswahl oder Ortswahl?, IPRax 1985, S. 313 ff
- Morris, John Humphrey Carlile;** The Conflict of Laws, 5. Auflage, London 2000
McClearn, David (zitiert: Morris/McClearn)
- Morse, Christopher George John** Party Autonomy in International Insurance Contracts, in Fritz Reichert-Facilides (Hrsg.), Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira, International Insurance Contract Law in the EC – Proceedings of a Comparative Law Conference held at the European University Institute, Florence, May 23-24, 1991, Deventer 1993, S. 23 ff. (zitiert: Reichert-Facilides/Jessurun d'Oliveira-Bearbeiter)

- ders.** Contracts of Employment and the E.E.C. Contractual Obligations Convention in P. M. North (Hrsg.), Contract Conflicts – The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study, Amsterdam 1982, S. 143 ff.
(zitiert: *Bearbeiter* in North, Contract Conflicts)
- Moshinsky, Mark** The Assignment of Debts in the Conflict of Laws, L.Q.R. (The Law Quarterly Review) 109 (1992), S. 591 ff.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch** Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1-38), Internationales Privatrecht, 3. Auflage, München 1998
(zitiert: *MünchKomm-Bearbeiter*)
- Nadelmann, Kurt H.** Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention of the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations, Am.J.Comp.L. 24 (1976), S. 1 ff.
- Neuhaus, Paul Heinrich** Abschied von Savigny?, RabelsZ 46 (1982), S. 4 ff.
- ders.** Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Auflage, Tübingen 1976
(zitiert: Neuhaus, Grundbegriffe)
- ders.** Neue Wege im Europäischen Internationalen Privatrecht?, RabelsZ 35 (1971), S. 401 ff.
- North, Peter Machin** The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980): Its History and Main Features, in Essays in Private International Law, Oxford 1993, S. 23 ff.
- ders.** Private International Law Problems in Common Law Jurisdictions, London 1993
(zitiert: *North*, Pr.Int'l.L.)

- Opertti Badán, Didier**
Fresnedo de Aguirre, Cecilia Contratos Comerciales Internacionales – Últimos
Desarrollos Teórico-Positivos en el Ambito
Internacional, Montevideo 1997
- Opertti Badán, Didier;** La CIDIP V: Una Visión en Perspectiva,
Rev.Urug.DIP 1 (1994), S. 13 ff.
- ders.** Unification of Laws in the Western Hemisphere: The
Contribution of the Organization of American States,
Uniform L.Rev. 1981 I, S. 60 ff.
- Oppermann, Thomas** Europarecht – Ein Studienbuch, 2. Auflage, München
1999
- Palandt, Otto** Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage, München
2001
(zitiert: Palandt-*Bearbeiter*)
- Palgrave, Robert Harris Inglis** The New Palgrave Dictionary of Money & Finance,
Band 3, N-Z, London 1992
- Parra-Aranguren, Gonzalo** The Fifth Inter-American Specialized Conference on
Private International Law – Mexico City, 14-18 March,
1994, in E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges
A. L. Droz, Den Haag 1996, S. 299 ff.
- Peltzer, Oliver** Die Forderungsabtretung im Internationalen Privat-
recht, RIW 1997, S. 893 ff.
- Pereznieto Castro, Leonel** Introducción a la Convención Interamericana Sobre
Derecho Aplicable A Los Contratos Internacionales,
Riv.Dir.Int.Priv.Proc. 30 (1994), S. 765 f.
- ders.** Los Principios de UNIDROIT y la Convención
Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los
Contratos, in Contratación Internacional –
Comentarios a los Principios sobre los Contratos
Comerciales Internacionales del UNIDROIT, Mexiko
1998

- Pfeiffer, Thomas** Die Entwicklung des Internationalen Vertrags-, Schuld- und Sachenrechts 1997 – 1999, NJW 1999, S. 3674 ff.
- Philip, Allan** Mandatory Rules, Public Law (Political Rules) and choice of law in the E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, in P. M. North (Hrsg.), Contract Conflicts – The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study, Amsterdam 1982, S. 81 ff. (zitiert: *Bearbeiter* in North, Contract Conflicts)
- Pichler, Rufus** Internationale Gerichtszuständigkeit im Online-Bereich, in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, Stuttgart 1999
- Plender, Richard;
Wilderspin, Michael** The European Contracts Convention – The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts, 2. Auflage, London 2001
- Radtke, Rolf C.** Schuldstatut und Eingriffsrecht – Systematische Grundlagen der Berücksichtigung von zwingendem Recht nach deutschem IPR und dem EG-Schuldvertragsübereinkommen, ZVgIRWiss 84 (1985), S. 325 ff.
- Rammeloo, Stephan** Die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 und Abs. 5 EVÜ: Eine niederländische Perspektive, IPRax 1994, S. 243 ff.
- Real Academia Espanola** Diccionario de la Lengua Espanola, Madrid 1970
- Reimann, Mathias** Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century, Va.J.Int'l L. 39 (1999), S. 571 ff.

- Reinhart, Gert** Zur einheitlichen Auslegung vereinheitlichter IPR-Normen nach Art. 36 EGBGB, RIW 1994, S. 445 ff.
- Reithmann, Christoph;
Martiny, Dieter** Internationales Vertragsrecht – Das internationale Privatrecht der Schuldverträge, 5. Auflage, Köln 1996 (zitiert: *Reithmann/Martiny-Bearbeiter*)
- Richman, William M.;;
Reynolds, William L.** Understanding Conflict of Laws, 2. Auflage, New York 1993
- Rigaux, Francois** Examen des Quelques Questions Laissees Ouvertes par la Convention de Rome sur la Loi Applicable aux Obligations Contractuelles, Cah.Dr.Eur. 1988, S. 306 ff.
- Rigaux, Francois;
Fallon, Marc** Droit International Privé, Band 2: Droit Positif Belge, 2. Auflage, Brüssel 1993
- Rohm, Eberhard H.;;
Koch, Robert** Choice of Law in International Distribution Contracts: Obstacle or Opportunity?, N.Y.Int'l L.Rev. 11 (1998), S. 1 ff.
- Rosett, Arthur I.** The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Approach to International Commercial Contracts – Part I, Am.J.Comp.L. 46 (1998), S. 347 ff.
- Roth, Wulf-Henning** Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht, RabelsZ 55 (1991), S. 624 ff.
- ders.** Angleichung des IPR durch sekundäres Gemeinschaftsrecht, IPRax 1994, S. 165 ff.
- ders.** Verbraucherschutz über die Grenze – Anmerkungen zu BGH, 26. 10. 1993 – XI ZR 42/93, RIW 1994, S. 275 ff,

- ders.** Das Allgemeininteresse im europäischen Internationalen Versicherungsvertragsrecht, VersR 1993, S. 129 ff.
- ders.** Zum Verhältnis von Art. 7 Abs. 2 und Art. 5 der Römer Schuldvertragskonvention; in Schnyder, Anton K.; Heiss, Helmut; Rudisch, Bernhard (Hrsg.): Internationales Verbraucherschutzrecht – Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Lichtenstein, Österreich und der Schweiz – Referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert-Facilides, Tübingen 1995, S. 35 ff.
(zitiert: *Bearbeiter* in Schnyder/Heiss/Rudisch)
- ders.** Dienstleistungsfreiheit und Allgemeininteresse im europäischen internationalen Versicherungsvertragsrecht, in Fritz Reichert-Facilides (Hrsg.), Aspekte des internationalen Versicherungsvertragsrechts im Europäischen Wirtschaftsraum – Referate und Diskussionsberichte eines deutsch-österreichisch-schweizerischen Kolloquiums, Tübingen 1994, S. 1 ff.
(zitiert: *Bearbeiter* in Reichert-Facilides)
- ders.** Internationales Versicherungsvertragsrecht – Das Versicherungsverhältnis im internationalen Vertragsrecht – Zugleich ein Beitrag zum Schutz des schwächeren Vertragspartners im IPR und zur Dienstleistungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft, Tübingen 1985

- ders.** Article 59 EEC-Treaty and its Implications for Conflicts Law in the Field of Insurance Contracts, in Fritz Reichert-Facilides (Hrsg.), Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira, International Insurance Contract Law in the EC – Proceedings of a Comparative Law Conference held at the European University Institute, Florence, May 23-24, 1991, Deventer 1993, S. 59 ff. (zitiert: Reichert-Facilides/Jessurun d'Oliveira-Bearbeiter)
- Rudisch, Bernhard** Der Beitritt Österreichs zum Römer Schuldvertragsübereinkommen: Gründe, Hintergründe und Konsequenzen, RabelsZ 63 (1999), S. 70 ff.
- ders.** Grenzüberschreitender Schutz bei Verbrauchergeschäften im Gefüge von internationalem Privatrecht und internationalem Verfahrensrecht, in Schnyder, Anton K.; Heiss, Helmut; Rudisch, Bernhard (Hrsg.): Internationales Verbraucherschutzrecht – Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Lichtenstein, Österreich und der Schweiz – Referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert-Facilides, Tübingen 1995, S. 191 ff. (zitiert: *Bearbeiter* in Schnyder/Heiss/Rudisch)
- Rühl, Christiane** Rechtswahlfreiheit und Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Baden-Baden 1999
- Samtleben, Jürgen** Versuch über die Konvention von Mexiko über das auf internationale Schuldverträge anwendbare Recht, IPRax 1998, S. 385 ff.
- ders.** Das Internationale Prozeß- und Privatrecht des MERCOSUR, RabelsZ 63 (1999), 1 ff.

- ders.** Das Internationale Privatrecht der Börsentermingeschäfte und der EWG-Vertrag – Zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24. 10. 1978, RabelsZ 45 (1981), S. 218 ff.
- ders.** Internationales Privatrecht in Lateinamerika – Der Código Bustamante in Theorie und Praxis, Tübingen 1979
- Sandrock, Otto** Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für die Unternehmenspraxis, RIW 1986, S. 841 ff.
- Santos Belandro, Ruben B.** El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales – Con Especial Referencia al Contrato de Transferencia de Tecnología, 2. Auflage, Montevideo 1998
(zitiert: Santos Belandro, El Derecho Aplicable)
- ders.** La Lex Mercatoria en el Corazon de la Nueva Normativa en Materia de Contratacion Internacional, Rev.Der.Com.Emp. 15 (1995), S. 37 ff.
- Sattar, Imtyaz M.** Michael Joachim Bonell's The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Buchbesprechung), Ind.J.Global Leg.Stud. 5 (1997), S. 375 ff.
- Savigny, Friedrich Carl von** System des heutigen Römischen Rechts, Band VIII, 1849, Nachdruck Darmstadt 1956
- Scherer, Josef;
Butt, Mark Eric** Rechtsprobleme bei Vertragsschluss via Internet, DB 2000, S. 1009 ff.
- Schlechtriem, Peter** Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG –, 3. Auflage, München 2000
(zitiert: Schlechtriem-Bearbeiter)

- Schmidt, Karsten** Handelsrecht, 5. Auflage, Köln 1999
- Schmidt-Hermesdorf, Joachim** Internationale Personengesellschaft im internationalen Arbeitsrecht – Gestaltungsform zur Vermeidung deutschen Mitbestimmungsrechts?, RIW 1988, S. 938 ff.
- Schnitzer, Adolf F.** Handbuch des Internationalen Handels- Wechsel- und Checkrechts, Zürich 1938
(zitiert: Schnitzer Int.HR)
- ders.** Handbuch des Internationalen Privatrechts einschließlich Prozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung, Band 2, 4. Auflage, Basel 1958
(zitiert: Schnitzer IPR)
- ders.** Die Zuordnung der Verträge im Internationalen Vertragsrecht, *RabelsZ* 33 (1969), S. 17 ff.
- Schultsz, Jan Christoffel** The Concept of Characteristic Performance and the Effect of the E.E.C. Convention on Carriage of Goods in P. M. North (Hrsg.), *Contract Conflicts – The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam 1982, S. 185 ff.
(zitiert: *Bearbeiter* in North, *Contract Conflicts*)
- Schurig, Klaus** Zwingendes Recht, „Eingriffsnormen“ und neues IPR, *RabelsZ* 54 (1990), S. 217 ff.
- Schwarze, Jürgen** EU-Kommentar, Baden-Baden 2000
(zitiert: *Schwarze-Bearbeiter*)
- Schwimann, Michael** Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht, 2. Auflage, Wien 1999
- Scoles, Eugene F.;**
Hay, Peter Conflict of Laws, 2. Auflage, St. Paul 1992

- Siehr, Kurt** Sachrecht im IPR, anationales Recht und lex mercatoria, in: Wolfgang Holl (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht: Referate eines Symposiums der Alexander-von-Humboldt-Stiftung vom 26. – 30. September 1983 in Ludwigsburg, Köln 1985, S. 103 ff.
- ders.** Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht, *RabelsZ* 52 (1988), S. 41 ff.
- Sinay-Cytermann, Anne** Les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de créance, *Rev.Crit.Dr.Internat.Privé* 81 (1992), S. 35 ff.
- Siqueiros, José Luis** Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, in *Contratación Internacional – Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Mexiko 1998
(zitiert: *Bearbeiter* in *Contratación Internacional*)
- Smith, Raymond** *Conflict of Laws*, 2. Auflage, London 1999, von John O'Brien
- Soergel, Hans-Theodor** Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, Band 10 – Einführungsgesetz, 12. Auflage, Stuttgart 1996
(zitiert: *Soergel-Bearbeiter*)
- Sonnenberger, Hans Jürgen** Internationales Privatrecht / Internationales Öffentliches Recht, in *FS für Kurt Rebmann*, München 1989, S. 819 ff.
- ders.** Europarecht und Internationales Privatrecht, *ZvglRWiss* 95 (1996), S. 3 ff.

Sosa, Gualberto Lucas	El Derecho Internacional Privado Interamericano y el Derecho de Integración (CIDIP V, México, 1994), Ciudad de Corrientes 1996
Staudinger, Julius von	Art 27 – 37 EGBGB, 12. Auflage, Berlin 1998 (zitiert: <i>Staudinger-Bearbeiter</i>)
dass.	Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Bearbeitung 1999
Stein, Ursula	Lex Mercatoria – Realität und Theorie Frankfurt am Main 1995
Stoll, Hans	Internationalprivatrechtliche Probleme bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in FS für Günther Beitzke, Berlin 1979, S. 759 ff.
ders.	Das Statut der Rechtswahlvereinbarung – eine irreführende Konstruktion, in Rechtskollisionen, in FS für Anton Heini, Zürich 1995
Streit, Manfred E.	Systemwettbewerb im europäischen Integrationsprozeß, in FS für Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 1996, S. 521 ff.
Symeonides, Symeon C.	American Choice of Law at the Dawn of the 21 st Century, Willamette L.Rev. 37 (2001), S. 1 ff.
Symeonides, Symeon C. ; Collins Perdue, Wendy; Mehren, Arthur T. von	Conflict of Laws: American, Comparative, International – Cases and Materials, St. Paul 1998
Szeinblum, Martha	¿La Regla “Locus Regit Actum” Ha Perdido su Hegemonia?, Rev.Urug.DIP 1 (1994), S. 143 ff.
Thorn, Karsten	Verbraucherschutz bei Verträgen im Fernabsatz, IPRax 1999, S. 1 ff.

- UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law** Principles of International Commercial Contracts, Rom 1994
- Veytia, Hernany** The Requirement of Justice and Equity in Contracts, Tul.L.Rev. 69 (1995), S. 1991 ff.
- ders.** La Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, Jurídica 25 (1995-II), S. 383 ff.
- Weintraub, Russel J.** Commentary on the Conflict of Laws, 3. Auflage, Mineola 1986
- Weise, Paul-Frank** lex mercatoria – Materielles Recht vor der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt am Main 1989
- Wengler, Wilhelm** Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht – Eine rechtsvergleichende Studie, ZvgIRWiss 54 (1941) S. 168 ff.
- Westlake, John** A Treatise on Private International Law – With Principal Reference to its Practice in England, 4. Auflage, London 1905
- Wichard, Johannes Christian** Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, RabelsZ 60 (1996), S. 267 ff.
- Wieczoreck, Bernhard; Schütze, Rolf A.** Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Erster Band, 1. Teilband: Einleitung; §§ 1 bis 49, 3. Auflage, Berlin 1994
(zitiert: Wieczoreck/Schütze-Bearbeiter)

- Wilmowsky, Peter von** Europäisches Kreditsicherungsrecht – Sachenrecht und Insolvenzrecht unter dem EG-Vertrag, Tübingen 1996
- Wolf, Manfred** Auslegung und Inhaltskontrolle von AGB im internationalen kaufmännischen Verkehr, ZHR 153 (1989), S. 300 ff.
- Wördemann, Nils** International zwingende Normen im Internationalen Privatrecht des europäischen Versicherungsvertrages – Eine kollisionsrechtliche Untersuchung zur Bedeutung und Tragweite des Art. 7 Abs. 2 Zweite RI SchadenV sowie des Art. 4 Abs. 4 Zweite RI LebensV, Karlsruhe 1997
- Zaphiriou, George A.** Unification and Harmonization of Law Relating to Global and Regional Trading, N.III.U.L.Rev. 14 (1994), S. 407 ff.

Abkürzungsverzeichnis

2d	second
a.A.	andere(r) Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)
ähnl.	ähnlich
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
Am.U.Int'l L.Rev.	American University International Law Review
An.Der.Com.	Anuario de Derecho Comercial
Ann.Surv.Int'l & Comp.L.	Annual Survey of International and Comparative Law
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (plural)
Aufl.	Auflage
B2B	business to business
B2C	business to consumer
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT	Bundestag
bzw.	beziehungsweise
Cah.Dr.Eur.	Cahiers de Droit Européen
Calif.L.Rev.	California Law Review
CD	compact disc
CIDIP	Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derecho Internacional Privado
CISG	Convention on the International Sale of Goods
CJI	Comité Jurídico Interamericano
CMR	Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road
COTIF	Convention relative aux transports internationaux ferroviaires
CR	Computer und Recht
d.h.	das heisst

dass.	dasselbe
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
doc.	document
E.E.C.	European Economic Community
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
ebs.	ebenso
e-commerce	electronic commerce
EG	Europäische Gemeinschaft/en
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGVVG	Einführungsgesetz zu dem Gesetz über den Versicherungsvertrag
Einl.	Einleitung
E-Mail	electronic mail
engl.	englisch
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
Eur.L.Rev.	European Law Review
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZPR	Europäisches Zivilprozessrecht
EVÜ	Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht
f./ ff.	folgende
F.Supp.	Federal Supplement
Fn.	Fußnote
Fordham Int'l L.J.	Fordham International Law Journal
franz.	französisch

FS	Festschrift
Ga.J.Int'l & Como.L.	Georgia Journal of International and Comparative Law
GK-HGB	Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
I.L.M.	International Legal Materials
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
ICC	International Chamber of Commerce
IGH	Internationaler Gerichtshof
IGH-Statut	Statut des Internationalen Gerichtshofs
ILO	International Labour Organization
Inc.	Incorporated
INCOTERMS	Rules for the Interpretation of International Commercial Terms
Ind.J.Global Leg.Stud.	Indiana Journal of Global Legal Studies
insb.	insbesondere
Int. Vers.V.R.	Internationales Versicherungsvertragsrecht
Int.Enc.Comp.L.	International Encyclopedia of Comparative Law
Int.H.R.	Handbuch des Internationalen Handels- Wechsel- und Checkrechts
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
J.Dr.Int'l	Journal de Droit International
J.Int.Arb.	Journal of International Arbitration
Jurídica	Jurídica – anuario de derecho de la universidad iberoamericana
L.M.C.L.Q.	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
L.Q.R.	The Law Quarterly Review
La.L.Rev.	Louisiana Law Review
LebensV	Lebensversicherung
lit.	litera
m.N.	mit Nachweisen

m.w.	mit weiteren
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Mass.	Massachusetts Reports (Entscheidungen des Supreme Judicial Court)
MERCOSUR	Mercado Comun del Sur
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
N.Ill.U.L.Rev.	Northern Illinois University Law Review
N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NGO	non-government organisation
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport
No.	number
Nr.	Nummer
o.g.	oben genannt/e/er/en
OAS	Organisation Amerikanischer Staaten
OEA	Organizacion de los Estados Americanos
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OLG	Oberlandesgericht
Pa.	Pennsylvania State Reports (Entscheidungen des Supreme Court)
Pr.Int'l.L.	Private International Law
Pub.	publication
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
RdA	Recht der Arbeit
rev.	revision
Rev.Crit.Dr.Internat.Privé	Revue critique de droit international privé
Rev.Der.Com.Emp.	Revista de Derecho Comercial y de la Empresa
Rev.Dr.Internat. et Dr.Comparé	Revue de droit international et de droit comparé
Rev.Esp.Der.Int.	Revista Espanola de Derecho Internacional
Rev.Jur.Arg. La Ley	Revista Juridica Argentina La Ley
Rev.Jur.Perú	Revista Jurídica de Perú
Rev.Transp.Seguros	Revista de Transporte y Seguros
Rev.Urug.DIP	Revista Uruguya de Derecho Internacional Privado
Riv.Dir.Int.Priv.Proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft, Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters

RI	EG-Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SchadenV	Schadenversicherung
Ser.	seria
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
sog.	sogenannte/-n/-r/-s
Tul.L.Rev.	Tulane Law Review
u.	und / unten
u.a.	unter anderem
UCC	Uniform Commercial Code
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNIDROIT	Institut International pour l'Unification du Droit Privé
Uniform L.Rev.	Revue du Droit Uniforme / Uniform Law Review
UN-KaufR	Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf
US	United States
USA	United States of America
v.	von / versus
Va.J.Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Vand.J.Transnat'l.L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Verf.	Verfasser/s
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vol.	Volumen
vollst.	vollständig
w.N.	weitere/n Nachweise
Willamette L.Rev.	Williamette Law Review
z.B.	zum Beispiel
Zentr.f.Eur.W.R.	Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht
zahlr.	zahlreich/e/en
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht

Ziff.	Ziffer / Ziffern
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
2.	zweite
21st	twenty-first