SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CARL OTTO LENZ
vom 8. März 1994 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

A — Einführung

1. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen wirft der Bundesgerichtshof Fragen nach der Auslegung zweier wichtiger Vorschriften des Brüsseler Übereinkommens auf, nämlich Artikel 5 Nr. 1 über den Gerichtsstand des Erfüllungsortes sowie (gegebenenfalls) Artikel 17 über Gerichtsstandsvereinbarungen. Nach den Angaben des Bundesgerichtshofes sind diese entweder in der Fassung von 1978 oder der (identischen) Fassung von 1982 anwendbar.

2. Diese Fragen stellen sich aus Anlaß einer Klage, mit der die Stawa Metallbau GmbH bei einem Gericht ihres Geschäftssitzes, Bielefeld, von ihrem Londoner Vertragspartner, der Firma Custom Made Commercial Ltd, die (teilweise) Zahlung der Vergütung für von ihr hergestellte Fenster und Türen verlangt.

3. Diese Gegenstände waren für einen Gebäudekomplex in London bestimmt gewesen. Die vereinbarte Vergütung lautete in englischen Pfund. Der Vertrag, der dieser Forderung zugrunde liegt, war der erste zwischen den Parteien geschlossene Vertrag. Er wurde nach in englischer Sprache geführten Verhandlungen am 6. Mai 1988 in London mündlich geschlossen.

4. Die Klägerin bestätigte den Vertragsschluß mit in Englisch verfaßtem Schreiben vom 9. Mai 1988. In diesem Schreiben heißt es unter anderem:

„We refer to our meeting on May 6th and confirm your order for the manufacturing of windows and doors for the Project ‚Cranbrook Estate', subject to our terms of sale and supply.

..."

5. Diesem Schreiben waren erstmals die in Deutsch verfaßten Geschäftsbedingungen

* Originalsprache: Deutsch.

der Klägerin beigefügt. § 8 dieser Bedingungen lautet:

„§ 8 Gerichtsstand

Erfüllungsort und Gerichtsstand für sämtliche sich zwischen den Parteien aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Streitigkeiten ist, soweit der Käufer Vollkaufmann, juristische Person des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, Bielefeld."

6. Die Beklagte hat diesen Geschäftsbedingungen nicht widersprochen.

7. Nach den Feststellungen des Bundesgerichtshofes unterliegt der Vertrag dem einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG), dessen Text dem in Den Haag am 1. Juli 1964 geschlossenen Übereinkommen zur Einführung dieses Gesetzes beigefügt war [1]. Nach dem hier anwendbaren Artikel 59 Absatz 1 erster Halbsatz des EKG ist Erfüllungsort für die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises die Niederlassung oder in Ermangelung einer Niederlassung der gewöhnliche Aufenthaltsort des Verkäufers.

8. Wegen des Verfahrens vor den innerstaatlichen Gerichten ist darauf hinzuweisen, daß die Klägerin zunächst ein Versäumnisurteil des Landgerichtes Bielefeld erwirkt hat, in dem ihr die streitige Forderung zugesprochen wurde. Auf Einspruch der Beklagten hat dieses Gericht die Klage durch Zwischenurteil für zulässig erklärt. Die Berufung gegen dieses Urteil hat das Oberlandesgericht Hamm zurückgewiesen. Wegen der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte hat es sich auf Artikel 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens gestützt, da es als Erfüllungsort im Sinne dieser Vorschrift gemäß Artikel 59 des EKG den Sitz der Klägerin angesehen hat.

9. Im Wege der Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Hamm angerufen, hat uns der Bundesgerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. a) Ist der Erfüllungsort nach Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ auch dann nach dem materiellen Recht zu bestimmen, das nach den Kollisionsnormen des mit dem Rechtsstreit befaßten Gerichts für die streitige Verpflichtung maßgebend ist, wenn es um die Klage eines Lieferanten gegen einen Abnehmer aus einem Werklieferungsvertrag auf Zahlung des Werklohns geht, dieser Vertrag nach den Kollisionsnormen des mit dem Rechtsstreit befaßten Gerichts Einheitskaufrecht unterliegt und danach Erfüllungsort für die Verpflichtung zur Zahlung des Werklohns die Niederlassung des klagenden Lieferanten ist?

1 — Vertragssammlung der Vereinten Nationen, Band 834, S. 107 ff.

b) Für den Fall, daß der Gerichtshof Frage Nr. 1. a verneint:

Wie ist der Erfüllungort nach Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ in einem solchen Fall zu bestimmen?

2. Für den Fall, daß nach den Antworten auf die Fragen Nr. 1 a und b die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte nicht auf Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ gestützt werden kann:

a) Kann eine Gerichtsstandsvereinbarung gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 2 Fall 3 EuGVÜ in der Fassung von 1978 dadurch wirksam zustande kommen, daß ein Lieferant nach mündlich abgeschlossenem Vertrag seinem Abnehmer den Vertragsschluß schriftlich bestätigt und diesem Bestätigungsschreiben erstmals Allgemeine Geschäftsbedingungen beigefügt, die eine Gerichtsstandsklausel enthalten, der Abnehmer der Gerichtsstandsklausel nicht widerspricht, am Sitz des Abnehmers kein Handelsbrauch besteht, daß Schweigen auf ein solches Schreiben als Einverständnis mit der Gerichtsstandsklausel anzusehen sei, dem Abnehmer ein solcher Handelsbrauch auch nicht bekannt ist und es sich um den ersten Geschäftskontakt zwischen den Parteien handelt?

b) Für den Fall, daß der Gerichtshof Frage Nr. 2 a bejaht:

Gilt dies auch dann, wenn die eine Gerichtsstandsklausel enthaltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einer von der Verhandlungs- und Vertragssprache abweichenden, dem Abnehmer nicht bekannten Sprache verfaßt sind und wenn in dem in der Verhandlungs- und Vertragssprache verfaßten Bestätigungsschreiben global auf die beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nicht jedoch speziell auf die Gerichtsstandsklausel hingewiesen wird?

3. Für den Fall, daß der Gerichtshof die Fragen Nr. 2 a und b bejaht:

Verbietet Art. 17 EuGVÜ es im Falle einer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Gerichtsstandsklausel, die den Erfordernissen einer wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung nach dieser Vorschrift genügt, zusätzlich nach nationalem materiellen Recht, das nach den

Kollisionsnormen des mit dem Rechtsstreit befaßten Gerichts anwendbar ist, zu prüfen, ob die Gerichtsstandsklausel wirksam in den Vertrag einbezogen worden ist?

B — Stellungnahme

Zur ersten Vorlagefrage

10. *I.* Artikel 5 Nr. 1 des Übereinkommens, mit dem wir uns aufgrund der ersten Frage des Bundesgerichtshofes auseinanderzusetzen haben, bestimmt folgendes:

„Eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, kann in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden:

1. Wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre; ...“

11. Im Rahmen dieser Vorschrift interessiert den Bundesgerichtshof, wie die Erwägungen des Vorlagebeschlusses deutlich machen, der Begriff des „Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre“. Genauer gesagt möchte er wissen, ob die Bedeutung dieses Begriffs — abgekürzt bezeichnet als Begriff des „Erfüllungsortes“ — in einem Fall wie dem vorliegenden „nach dem materiellen Recht zu bestimmen [ist], das nach den Kollisionsnormen des mit dem Rechtsstreit befaßten Gerichts für die streitige Verpflichtung maßgebend ist“. Verneinendenfalls möchte er wissen, auf welche (andere) Weise in einem solchen Fall der Erfüllungsort zu bestimmen ist.

12. *II.* Zur Lösung dieser Probleme halte ich es für wichtig, ihren Hintergrund, nämlich die Zielsetzung des Artikels 5 Nr. 1 des Übereinkommens, die Herkunft des streitigen Begriffs und seine Stellung im Brüsseler Übereinkommen sowie die ihm gewidmete Rechtsprechung des Gerichtshofes näher zu beleuchten.

13. *1.* Zur Frage nach der Zielsetzung des Artikels 5 Nr. 1 ergibt sich aus dem Jenard-Bericht [2], daß für die Aufnahme der besonderen Zuständigkeitsregeln in das Übereinkommen

„die Erwägung [sprach], daß eine enge Verbindung zwischen einem Rechtsstreit und dem für seine Entscheidung zuständigen Gericht besteht“.

2 — ABl. C 59 vom 5.3.1979, S. 1, 22, rechte Spalte, vorletzter Absatz.

14. Speziell zu Artikel 5 Nr. 1 führt der Jenard-Bericht gewisse Fallgestaltungen auf, die das so definierte Interesse an einem Gerichtsstand des Erfüllungsortes beispielhaft belegen sollen:

„Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes ist besonders bei Gebührenklagen wichtig: Der Gläubiger hat die Wahl zwischen den Gerichten des Staats, in dem der Schuldner seinen Wohnsitz hat, und dem Gericht eines anderen Staats, in dessen Bezirk die Leistung erfolgt ist, namentlich wenn nach dem anwendbaren Recht die Zahlungsverpflichtung am Ort der Dienstleistung zu erfüllen ist. Dieser Gerichtsstand ist auch dann nützlich, wenn ein Sachverständigengutachten oder eine Untersuchung erforderlich wird." [3]

15. Dieses Verständnis von der Zielsetzung des Artikels 5 Nr. 1 hat sich der Gerichtshof ausdrücklich zu eigen gemacht. Im Urteil Tessili [4] heißt es hierzu im Hinblick auf die Wahlmöglichkeit unter den besonderen Gerichtsständen des Artikels 5:

„Diese Wahlmöglichkeit ist unter Berücksichtigung des Umstandes, daß in bestimmten Fällen zwischen der Klage und dem zur Entscheidung hierüber berufenen Gericht eine besonders enge Verknüpfung besteht, im Interesse einer sachgerechten Prozeßführung in das Übereinkommen aufgenommen worden." [5]

16. Mit anderen Worten, denen von Generalanwalt Mancini, ist nach diesen Überlegungen das Gericht des Erfüllungsortes „wegen seiner Sachnähe [vicinanza fisica] zu dem streitigen Rechtsverhältnis am ehesten in der Lage ..., darüber in bestmöglicher Kenntnis der Sachumstände zu entscheiden" [6].

17. Verschiedentlich wird die Zielsetzung des Artikels 5 Nr. 1 auch anders verstanden.

18. So wird der Gerichtsstand des Erfüllungsortes mit unterschiedlicher Begründung als Element eines Systems angesehen, in dem die Vorteile und Risiken auf dem Gebiet der gerichtlichen Zuständigkeit gerecht zwischen Kläger und Beklagtem verteilt sind [7]. Die Vertreter dieser Ansicht versuchen auf dieser Grundlage — mit ganz unterschiedlichen Ergebnissen —, Artikel 5 Nr. 1 des Übereinkommens als Gegengewicht zu der Regel des Artikels 2 auszugestalten [8].

19. Hierzu meine ich, daß eine gerechte Verteilung in dem vorgenannten Sinne durchaus eine legitime Zielsetzung ist. Auch die Verfasser des Übereinkommens haben erkenn-

3 — S. 23, 24 des Jenard-Berichts (vorige Fußnote).

4 — Urteil vom 6. Oktober 1976 in der Rechtssache 12/76 (Tessili/Dunlop, Slg. 1976, 1473).

5 — Randnr. 13 des Urteils.

6 — Schlußanträge vom 1. Februar 1983 in der Rechtssache 34/82 (Peters/ZNAV, Slg. 1983, 1005, 1010).

7 — Z. B. Schack, *Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht*, Frankfurt 1985, Randnrn. 144 ff. sowie 207 und 218; Spellenberg, *Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 1981, 75, 76 f.

8 — Siehe auch Geimer, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1986, 85, 87.

bar Überlegungen dieser Art berücksichtigt [9]. Ausweislich der vorgenannten Zitate aus dem Jenard-Bericht sind sie jedoch von der Vorstellung ausgegangen, daß Artikel 5 Nr. 1 gerade deshalb dem Prinzip der „gerechten Verteilung" genügt, weil er durch *objektive*, mit dem jeweiligen „Rechtsstreit" zusammenhängende Gründe gerechtfertigt ist [10].

20. Ob eine derartige Vorstellung im gesamten Anwendungsbereich dieser Vorschrift einer kritischen Prüfung standhält, mag zweifelhaft sein [11]. Es handelt sich jedoch um eine grundlegende rechtspolitische Entscheidung, die der Gerichtshof zu respektieren hat. Er sollte daher nicht versuchen, die Zielsetzung des Artikels 5 Nr. 1 systematisch anhand von eigenen „Gerechtigkeits"-Vorstellungen zu definieren. In diesem Punkt geht der Gerichtshof übrigens mit besonderer Umsicht vor. Nur im Bereich der Arbeitsrechtsstreitigkeiten, der durch die besondere soziale Bedeutung der Arbeitsverhältnisse geprägt ist, hat er Überlegungen betreffend den Schutz der schwächeren Partei gelten lassen und dies auch nur *ergänzend* zu seinen Überlegungen zur Sachnähe [12].

21. Ebenfalls nicht anschließen möchte ich mich der Ansicht, Artikel 5 Nr 1 beziehe seine Berechtigung daraus, daß der Schuldner dort vor Gericht Rede und Antwort stehen müsse, wo er nach materiellem Recht leisten müsse [13]. Diese Ansicht scheint auf der Überlegung zu beruhen, daß sich der potentielle Beklagte durch den Vertrag auf eine Leistung an einem bestimmten Ort eingelassen habe und es deshalb hinnehmen müsse, dort auch verklagt zu werden. Entgegen dieser Überlegung ist darauf hinzuweisen, daß der materiell-rechtliche Leistungsort, soweit er gesetzlich bestimmt ist, einen solchen Schluß nicht zuläßt. Ein solcher Schluß ist übrigens in Fällen wie dem vorliegenden um so fraglicher. Der materielle Erfüllungsort für Geldleistungspflichten bestimmt meist [14] nur über die Verteilung der Risiken und Lasten, die mit dem Transfer von Geld — dessen Verfügbarkeit nicht vom Ort der Leistung abhängt — verbunden sind. Ich vermag nicht einzusehen, was diese rein wirtschaftliche Risikoverteilung mit der Frage zu tun hat, ob der Schuldner es an diesem oder jenem Ort hinnehmen müsse, vom Gläubiger in Anspruch genommen zu werden.

22. 2. Wenden wir uns nun dem Begriff des Erfüllungortes zu, dem Ort, an dem nach den Vorstellungen der Verfasser des Abkommens im Anwendungsbereich des Artikels 5 Nr. 1 ein sachnaher Gerichtsstand gegeben sein soll.

9 — Vgl. die Überlegungen des Jenard-Berichts (Fußnote 2) zur Frage eines Gerichtsstands des Entstehungsortes: S. 23, vorletzter Absatz.

10 — Vgl. das Urteil vom 17. Juni 1992 in der Rechtssache C-26/91 (Handte, Slg. 1992, I-3967, Randnrn. 11 bis 13).

11 — Vgl. Schack, a. a. O., Randnrn. 146 und 353.

12 — Vgl. die folgenden Urteile, die allesamt Sachverhalte vor der Änderung des Abkommens durch das Abkommen von San Sebastian (ABl. L 285 vom 3.10.1989) betreffen: Urteil vom 26. Mai 1982 in der Rechtssache 133/81 (Ivenel/Schwab, Slg. 1982, 1891, Randnr. 16); Urteil vom 15. Februar 1989 in der Rechtssache 32/88 (Six Constructions/Humbert, Slg. 1989, 341, Randnr. 14 in Verbindung mit Randnr. 13); Urteil vom 13. Juli 1993 in der Rechtssache C-125/92 (Mulox/Geels, Slg. 1993, I-4075, Randnr. 18).

13 — Geimer/Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung*, Band I, erster Halbband, München, 1983, S. 553.

14 — Eine Ausnahme bildet hier das deutsche Recht, das zwischen den Fragen des Erfüllungsortes und der Gefahrtragung unterscheidet: siehe § 270 BGB, insbesondere Absatz 4.

23. Der Begriff des Erfüllungsortes stammt aus dem *materiellen Recht.*

24. Auf diesem Gebiet stellt die *Erfüllung* eine Handlung dar, mit der die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird, dessen Anspruch somit erlischt. Wurde der Anspruch durch einen Vertrag begründet — nur in diesem Fall kann er Gegenstand des Artikels 5 Nr. 1 sein —, so bedeutet „Erfüllung" darüber hinaus, daß eines der von den Parteien definierten Ziele des Vertrags erreicht ist, jedenfalls dann, wenn es sich um einen Anspruch auf eine der beiden (ausgetauschten) Hauptleistungen handelt.

25. Der *Erfüllungsort* als räumliche Dimension der Erfüllung wäre somit, so könnte man folgern, der Ort, an dem der Anspruch des Gläubigers durch die Leistung des Schuldners erlischt und, im Hinblick auf die Hauptleistungen, das Vertragsziel ganz oder teilweise erreicht wird.

26. Diese Schlußfolgerung muß allerdings unter einen doppelten Vorbehalt gestellt werden. Erstens vermittelt sie kein zutreffendes Bild über die Zielsetzung der materiellen Vorschiften betreffend den Erfüllungsort. Diese Vorschriften sollen nicht nur, mangels Vereinbarung, die Pflichten der Parteien konkretisieren, sondern auch die Verantwortungsbereiche der Parteien gegeneinander abgrenzen, nämlich wenn bei Abwicklung des Vertragsverhältnisses Störungen auftreten [15]. Je nach der betroffenen Vertragsverbindlichkeit liegt der Schwerpunkt bald auf der einen, bald auf der anderen Zielsetzung. Was die Pflicht zur Zahlung einer vertraglichen Vergütung angeht, so dient die Bestimmung des Erfüllungsortes, wie ich schon erklärte, in allererster Linie der Risikoverteilung. So verhält es sich auch bei der hier anwendbaren Regelung des Artikels 59 Absatz 1 EKG, der die Zahlungspflicht des Käufers als Bringschuld ausgestaltet. Ihr liegt die Anschauung zugrunde, daß der Geldschuldner das Risiko des Funktionierens des Zahlungsverkehrs zu tragen hat [16].

27. Zweitens muß präzisiert werden, daß im Rahmen dieser Abgrenzung der Verantwortungsbereiche der Ort der Erfüllungs*handlung* und der des Erfüllungs*erfolges* auseinanderfallen können. Hierzu sei auf das Beispiel des Artikels 19 Absatz 2 EKG hingewiesen. Danach wird, wenn nach dem Vertrag eine Beförderung der Sache erforderlich ist, die Lieferung mangels abweichender Vereinbarung dadurch bewirkt, daß die Sache dem Beförderer zur Übermittlung an den Käufer ausgehändigt wird. Das Ziel des Vertrags, dem Käufer den Besitz an der Sache zu verschaffen, wird erst erreicht, wenn dieser die Sache entgegennimmt. Dagegen endet die Verantwortung des Verkäufers bereits durch ordnungsgemäße Aushändigung an den Beförderer (vgl. auch Artikel 97 Absatz 1 und Artikel 96 EKG).

15 — Schack a. a. O. (Fußnote 7), Randnr. 10.

16 — Dölle, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, München, 1976, Artikel 59, Randnr. 7.

28. Hinzuzufügen ist, daß nach materiellem Recht jede Vertragsverpflichtung ihren eigenen Erfüllungsort haben kann. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß zwei Verpflichtungen aus demselben Vertrag, auch wenn sie wirtschaftlich eng zusammenhängen, verschiedene Erfüllungsorte aufweisen.

29. *3.* Als Ergebnis der bisherigen Überlegungen ist festzuhalten, daß auf der Grundlage eines Begriffs aus dem *materiellen Recht* ein Gerichtsstand begründet wird, der sich aus *prozessualen Gründen*, nämlich solchen der *Sachnähe*, rechtfertigt.

30. Im vorliegenden Fall ist dieses Spannungsverhältnis besonders augenfällig. Es genügt der Hinweis, daß Artikel 59 Absatz 1 EKG, jedenfalls unter den heutigen Bedingungen des Zahlungsverkehrs, wie wir gesehen haben, in erster Linie der Risikoverteilung dient.

31. Diese Feststellung möchte ich, bevor ich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes eingehe, zum Anlaß nehmen, ein Mißverständnis ausräumen, das sich bei einer flüchtigen Lektüre des Vorlagebeschlusses ergeben könnte.

32. Genauer gesagt halte ich die Verquikkung von Artikel 5 Nr. 1 des Übereinkommens mit Artikel 59 Absatz 1 EKG nicht allein deshalb für problematisch, weil mit ihr ein Gerichtsstand am Wohnsitz oder Geschäftsort des Klägers begründet wird. Ein derartiges Bedenken ließe sich nur begründen, indem man aus dem Abkommen eine Art allgemeine „Antipathie" gegen den Klägergerichtsstand herausläse und diese zu einem Kriterium machte, anhand dessen das Ergebnis einer Auslegung gegebenenfalls zu korrigieren wäre. Insofern ist zwar einzuräumen, daß das Übereinkommen in Artikel 2 den Beklagtengerichtsstand zur Regel gemacht und mit Artikel 3 verschiedene innerstaatliche Regeln für unanwendbar erklärt hat, die einen Klägergerichtsstand begründen könnten [17]. Auch läßt sich nicht bestreiten, daß das Übereinkommen angesichts dieser Vorschriften „[mit] Ausnahme der ausdrücklich vorgesehenen Fälle eine Zuständigkeit der Gerichte am Wohnsitz des Klägers eindeutig [ablehnt]" [18]. Indessen sind derartige „Ausnahmen" unter den in Artikel 5 ff. aufgestellten Voraussetzungen keineswegs selten. Artikel 13 und 14 betreffend die Zuständigkeit für Verbrauchersachen zeigen dies deutlich auf. Auch der Gerichtsstand gemäß Artikel 5 Nr. 3 (Ort des schädigenden Ereignisses bei unerlaubter Handlung) kann, je nach den Umständen des Falles, zu einem Gerichtsstand am Wohnsitz des Klägers führen. Es ist daher nicht gerechtfertigt, aus der mehr oder weniger großen „Antipathie" des Abkommens gegenüber dem Klägergerichtsstand Folgerungen für ein bestimmtes Auslegungsergebnis abzuleiten.

33. Die einzig überzeugende Schlußfolgerung aus dem System der Artikel 2, 3

17 — Vgl. das Urteil vom 11. Januar 1990 in der Rechtssache 220/88 (Dumez France und Tracoba, Slg. 1990, I-49, Randnr. 16).

18 — Urteil vom 19. Januar 1993 in der Rechtssache C-89/91 (Shearson Lehman Hutton, Slg. 1993, I-139, Randnr. 17).

und 5 ff. scheint mir jene zu sein, von der der Gerichtshof in den Urteilen Shearson Lehman [19] und Dumez France [20] ausgegangen ist. Sie besagt, daß im Falle einer Auslegung der Artikel 5 ff., die zu einem Klägergerichtsstand führt, besonders sorgfältig geprüft werden muß, ob sie mit dem Zweck der herangezogenen Vorschrift übereinstimmt [21]. Daher trifft es den Kern der Dinge, soweit der Bundesgerichtshof seine Zweifel darauf abstellt, daß die Verquickung von Artikel 5 Nr. 1 des Übereinkommens mit Artikel 59 Absatz 1 EKG „mit der Folge eines *generellen* Klägergerichtsstands" [22] verbunden ist.

34. *4.* Wie hat nun die Rechtsprechung des Gerichtshofes auf die vorhin definierte Struktur des Artikels 5 Nr. 1 reagiert?

35. *a)* Gleich in seinen ersten beiden dem Übereinkommen gewidmeten Urteilen vom 6. Oktober 1976 hatte er die Regeln zu definieren, anhand deren der Erfüllungsort zu bestimmen ist: einerseits hinsichtlich der Auswahl der maßgeblichen Verpflichtung(en) [23], andererseits hinsichtlich der Wahl der Rechtsvorschriften oder Grundsätze, aus denen sich bei dieser (diesen) Verpflichtung(en) der Erfüllungsort ergibt [24].

19 — Fußnote 18.

20 — Fußnote 17.

21 — Vgl. auch das Urteil vom 27. September 1988 in der Rechtssache 189/87 (Kalfelis/Schröder, Slg. 1988, 5565, Randnrn. 8 und 9) sowie das Urteil Six Constructions, a. a. O., (Fußnote 12), Randnr. 18.

22 — S. 14 des Vorlagebeschlusses; Hervorhebung von mir.

23 — Urteil in der Rechtssache 14/76 (de Bloos/Bouyer, Slg. 1976, 1497).

24 — Urteil Tessili (Fußnote 4).

36. Hinsichtlich beider Aspekte hat sich der Gerichtshof zu einem materiell-rechtlichen Verständnis der hier in Rede stehenden Vorschrift bekannt.

37. Im Einklang mit der vorhin angestellten Überlegung, daß nach materiellem Recht die Verpflichtungen aus einem Vertragsverhältnis nicht zwangläufig allesamt an demselben Ort zu erfüllen sind, hat er in der Rechtssache de Bloos, betreffend die Forderungen eines Alleinvertriebshändlers gegen seinen Lieferanten, für Recht erkannt:

„Für die Bestimmung des Erfüllungsortes im Sinne des Artikels 5 Nr. 1 ist ... die Verpflichtung heranzuziehen, die dem vertraglichen Anspruch entspricht, auf den der Kläger seine Klage stützt." [25]

38. Diese Lösung beruht nach den Worten des Gerichtshofes einerseits auf dem Bestreben, soweit wie möglich zu verhindern, daß aus ein und demselben Vertrag mehrere Zuständigkeitsgründe hergeleitet werden; er hat es daher abgelehnt, auf „jede beliebige sich aus dem betreffenden Vertrag ergebende Verpflichtung" abzustellen [26]. Andererseits beruht sie auf dem deutschen und italienischen Wortlaut der Vorschrift, die damals in der Fassung von 1968 Anwendung fand.

25 — Randnr. 13 des Urteils de Bloos.

26 — Randnr. 10 des Urteils de Bloos.

39. Der Gerichtshof hat das genannte Prinzip allerdings für den Fall abgeschwächt, daß den Gegenstand des Rechtsstreits Verpflichtungen bilden, die an die Stelle nicht erfüllter vertraglicher Verpflichtungen getreten sind. In diesem Falle ist die Verpflichtung im Sinne des Artikels 5 Nr. 1 weiterhin diejenige vertragliche Verpflichtung, deren Nichterfüllung zur Begründung der Anträge behauptet wird [27]. Wie ein Vergleich des Urteils mit den Schlußanträgen [28] deutlich macht, sollte auch dies der Zersplitterung der Gerichtsstände vorbeugen, genauer gesagt sollte es die gemeinsame Behandlung konnexer Fragen durch dasselbe Gericht fördern.

40. Ebenfalls anhand eines am materiellen Recht orientierten Ansatzes hat der Gerichtshof in dem genannten Urteil Tessili das Kriterium für die Wahl der Rechtsvorschriften und Grundsätze bestimmt, aus denen sich der konkrete Erfüllungsort ergibt.

41. Nach diesem Urteil bestimmt sich der „Ort, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre" im Sinne von Artikel 5 Nr. 1

„nach dem Recht, das nach den Kollisionsnormen des mit dem Rechtsstreit befaßten Gerichts für die streitige Verpflichtung maßgebend ist" [29].

27 — Randnrn. 14 und 15.

28 — Schlußanträge des Generalanwalts Reischl vom 15. September 1976 (Slg. 1976, 1511, 1518).

29 — Tenor des Urteils Tessili.

42. Aus der Begründung des Urteils sind drei Punkte hervorzuheben.

43. Der erste betrifft das Kriterium, nach dem sich beurteilt, ob ein Begriff des Übereinkommens autonom — und damit allen Mitgliedstaaten gemeinsam — oder als Verweisung auf die Sachnormen des Rechts verstanden werden muß, das nach den Kollisionsnormen des mit dem Rechtsstreit zuerst befaßten Gericht anwendbar ist. Hierzu führt der Gerichtshof aus:

„Keiner dieser beiden Möglichkeiten gebührt unter Ausschluß der anderen der Vorrang, da eine sachgerechte Entscheidung nur für jede Bestimmung des Übereinkommens gesondert getroffen werden kann; hierbei ist jedoch dessen volle Wirksamkeit unter dem Gesichtspunkt der Ziele des Artikels 220 des Vertrages sicherzustellen." [30]

44. Der Gerichtshof fügt dem noch einen Vorbehalt hinzu, der mit der begrenzten Tragweite des Übereinkommens zusammenhängt:

„Hervorzuheben ist jedenfalls, daß die Auslegung jener Ausdrücke und Begriffe für die Zwecke des Übereinkommens der Frage der auf das streitige Rechtsverhältnis anwendbaren Sachnorm nicht vorgreift." [31]

30 — Randnr. 11 des Urteils Tessili.

31 — Siehe vorige Fußnote.

45. Wegen der Wahl zwischen einer autonomen Auslegung und der Verweisung auf das Kollisionsrecht des Forums hat sich der Gerichtshof somit in erster Linie für ein pragmatisches Kriterium entschieden: Erzielt werden soll eine „sachgerechte Entscheidung". Und unter diesem Blickwinkel ist zu bedenken, daß das Abkommen als ganzes sehr unterschiedliche Zielsetzungen verfolgt [32]: Verstärkung des Rechtsschutzes der innerhalb der Gemeinschaft ansässigen Personen, indem Behinderungen im Rechtsverkehr und bei der Erledigung von Rechtsstreitigkeiten ausgeräumt werden [33]; Gewährleistung gleicher und einheitlicher Rechte und Pflichten für die Vertragsstaaten und die betroffenen Personen [34]; Vermeidung einer Zersplitterung der Gerichtsstände [35]; Vorhersehbarkeit der Anwendung der Zuständigkeitsregeln [36]. Außerdem hat jede Vorschrift, ja jeder Begriff des Abkommens, seine eigene Funktion, die mit den vorgenannten Zielsetzungen in mehr oder weniger engem Zusammenhang stehen kann. Im Einklang hiermit hat der Gerichtshof, wenn er auch in jüngeren Entscheidungen eine allgemeine Präferenz für eine autonome Auslegung hat erkennen lassen [37], die sachgerechte Wahl der Auslegung doch letztlich jedem Einzelfall vorbehalten [38].

46. Den nächsten wichtigen Punkt in der Begründung des Tessili-Urteils bildet der bereits erwähnte Hinweis auf die Zielsetzung der besonderen Gerichtsstände des Übereinkommens [39]. Der Gerichtshof sieht es scheinbar nicht als fraglich an, daß mit Hilfe der Verweisung auf die lex causae der Zielsetzung der Vorschrift entsprochen wird. Das erstaunt auch nicht, da keiner der Beteiligten, die Erklärungen abgegeben hatten, dies in Frage gestellt hatte. Die Opportunität einer vertragsautonomen Auslegung wurde zwar diskutiert, jedoch unter ganz anderen Gesichtspunkten. Die Diskussion lief nämlich im wesentlichen hinaus auf eine Abwägung der Vorteile dieser Auslegung für die Zwecke der einheitlichen Anwendung des Übereinkommens gegen bestimmte Nachteile, namentlich die mit ihr verbundenen Schwierigkeiten der Rechtsvergleichung und ihre (unerwünschte) Auswirkung auf das materielle Recht der Mitgliedstaaten.

47. Generalanwalt Mayras [40] hat seinerseits das Schwergewicht seiner Überlegungen bei der Frage angesiedelt, welche der vertraglichen Verpflichtungen für die Zwecke des Artikels 5 Nr. 1 zu berücksichtigen ist, wenn nicht die Hauptverpflichtung des Verkäufers auf Lieferung der Ware, sondern ein Anspruch wegen deren angeblicher Mangel-

32 — Vgl. die Zusammenfassung im Urteil Mulox (Fußnote 12), Randnr. 11.

33 — Siehe die Präambel des Übereinkommens sowie Randnr. 9 des Urteils Tessili (Fußnote 4).

34 — Urteile vom 14. Oktober 1976 in der Rechtsache 29/76 (LTU/Eurocontrol, Slg. 1976, 1541, Randnr. 3); vom 22. März 1983 in der Rechtssache 34/82 (Peters/ZNAV, Slg. 1983, 987, Randnr. 9); vom 8. März 1988 in der Rechtssache 9/87 (Arcado/Haviland, Slg. 1988, 1539, Randnr. 10); vom 27. September 1988 in der Rechtssache 189/87 (Kalfelis/Schröder u. a., Slg. 1988, 5565, Randnr. 15); *ähnlich:* Urteile vom 21. Juni 1978 in der Rechtssache 150/77 (Bertrand/Ott, Slg. 1978, 1431, Randnrn. 14 bis 16); vom 17. Juni 1992 in der Rechtssache C-26/91 [siehe Fußnote 10], Randnr. 10); vom 19. Januar 1993 in der Rechtssache C-89/91 [siehe Fußnote 18], Randnr. 13).

35 — Siehe, betreffend Artikel 5 Nr. 1, oben Nr. 38 und Fußnote 24 sowie Randnrn. 18, 19 des Urteils Ivenel (Fußnote 13), das Urteil vom 4. März 1982 in der Rechtssache 38/81 (Effer/Kantner, Slg. 1982, 825, Randnr. 6) und das Urteil vom 15. Januar 1987 in der Rechtssache 266/85, (Shenavai/Kreischer, Slg. 1987, 239, Randnr. 8). Siehe ferner die Urteile vom 9. November 1978 in der Rechtssache 23/78 (Meeth/Glacetal, Slg. 1978, 2133, Randnr. 8); vom 7. März 1985 in der Rechtssache 48/84 (Spitzley/Sommer Exploitation, Slg. 1985, 787, Randnrn. 16 bis 21).

36 — Siehe das Urteil Handte (Fußnote 10), Randnr. 18. Vgl. auch das Urteil vom 20. Januar 1994 in der Rechtssache C-129/92 (Owens Bank/Bracco, Slg. 1994, I-117, Randnr. 32), das in diesem Zusammenhang den Grundsatz der *Rechtssicherheit* erwähnt.

37 — Sehr ausgeprägt z. B. in Randnr. 13 des Urteils Shearson Lehman (Fußnote 18).

38 — Siehe Randnr. 10 des Urteils Mulox (Fußnote 12), wo es heißt, der Gerichtshof spreche sich *so weit wie möglich* für eine autonome Auslegung der Begriffe des Übereinkommens aus.

39 — Oben Nr. 15.

40 — Schlußanträge vom 15. September 1976 (Urteil vom 6. Oktober 1976 in der Rechtssache 12/76, Tessili, a. a. O., Slg. 1976, 1487).

haftigkeit Gegenstand des Rechtsstreits ist [41]. Nachdem der Generalanwalt dargelegt hatte, daß in einem solchen Fall auf die genannte Hauptverpflichtung abzustellen sei, hat er in relativ knapper Form die Anwendung der lex causae diskutiert. Dabei ist er entsprechend den beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen lediglich auf das Problem der (mangelnden) Vereinheitlichung der Kollisionsnormen und des Sachrechts eingegangen [42].

48. Damit sind wir nun beim dritten für unsere Zwecke einschlägigen Punkt in der Begründung des Tessili-Urteils. Der Gerichtshof erörtert hier die Frage, ob er im Interesse einer Vereinheitlichung des Erfüllungsortbegriffs über einen bloßen Verweis auf die lex causae hinausgehen könne. Seiner Ansicht nach ist dies „beim gegenwärtigen Stand der Rechtsentwicklung unmöglich" und zwar im Hinblick auf die „Unterschiede, die nach wie vor zwischen den einzelnen nationalen Rechten bei der Regelung von Verträgen bestehen, und in Ermangelung jeder Vereinheitlichung des anwendbaren materiellen Rechts ..., um so mehr, als die Bestimmung des Erfüllungsortes vom Inhalt des Vertragsverhältnisses abhängt, aus dem sich die betroffenen Verpflichtungen ergeben" [43].

49. Zieht man aufgrund all dieser Überlegungen eine Bilanz der Urteile de Bloos und Tessili, so stellt man fest, daß der Gerichtshof in keinem dieser Urteile den Gesichtspunkt der Sachnähe zum Anlaß genommen hat, zu prüfen, ob man sich bei der Auslegung des Artikels 5 Nr. 1 vom materiellen Recht (des Vertrags) entfernen solle. Die Überlegungen des Gerichtshofes, anhand deren er einen solchen Schritt geprüft hat, waren anderer Natur: Indem er im Urteil de Bloos dafür optierte, für aus Hauptverpflichtungen abgeleitete Verpflichtungen denselben Gerichtsstand vorzusehen wie für die jeweiligen Hauptverpflichtungen selbst, wollte er einer Zersplitterung der für konnexe Fragen berufenen Gerichtsstände entgegenwirken [44]. Und die im Urteil Tessili geprüfte Frage, ob über eine Verweisung auf die lex causae hinauszugehen sei, war im Hinblick auf das Ziel aufgeworfen worden, den Erfüllungsortbegriff gegebenenfalls zu vereinheitlichen [45].

50. *b)* In der nachfolgenden Rechtsprechung hat der Gerichtshof für Arbeitsrechtsstreitigkeiten schrittweise ein Sonderregime geschaffen, ist jedoch im allgemeinen bei der beschriebenen Linie geblieben. Sehen wir uns die Dinge im einzelnen an.

51. In dem schon zitierten [46] Urteil Ivenel, ergangen auf Vorlage der französischen Cour de cassation, ging es um verschiedene Forderungen eines Handelsvertreters im Anschluß an die angebliche Auflösung des Vertretervertrages, den die Berufungsinstanz als Arbeitsvertrag qualifiziert hatte. Mit der Vorlage wurde die Frage aufgeworfen, welches in einem solchen Fall die streitige Ver-

41 — Siehe insbesondere S. 1490 unter IV. sowie S. 1491, zweiter Absatz, wo der Generalanwalt sein Verständnis vom eigentlichen Problem des Falles erläutert.

42 — Siehe S. 1495.

43 — Randnr. 14 des Urteils Tessili.

44 — Siehe oben Nr. 39.

45 — Oben Nr. 48.

46 — Fußnote 12.

pflichtung ist, die für die Zwecke des im Urteil Tessili entwickelten Kriteriums [47] maßgebend ist. Der Gerichtshof hatte somit zu prüfen, ob er für diesen Fall an den Grundsätzen des Urteils de Bloos festhalten oder von ihnen abweichen solle. Er hat sich für letzteres entschieden und erklärt:

„Wird eine Klage auf verschiedene Verpflichtungen aus einem Vertretervertrag gestützt, der einen Arbeitnehmer an ein Unternehmen bindet, so ist für die Anwendung von Artikel 5 Nr. 1 des Übereinkommens ... diejenige Verpflichtung als maßgeblich anzusehen, die für diesen Vertrag charakteristisch ist."

52. Der Gerichtshof hat für diese Lösung drei unterschiedliche Gründe angeführt. *In erster Linie* hat er der *Zielsetzung* des Artikels 5 Nr. 1 Rechnung getragen, die Zuständigkeit eines Gerichts zu begründen, das eine *enge Verbindung zu dem Rechtsstreit* hat. Diese Verbindung hat er im Falle eines Arbeitsvertrages „namentlich in dem auf diesen Vertrag anwendbaren Recht" gesehen [48], das „im allgemeinen Bestimmungen zum Schutze des Arbeitnehmers enthält" [49]. Dieses Recht bestimme sich entsprechend der Fortentwicklung der einschlägigen Kollisionsnormen [50] nach der Verpflichtung, die für den fraglichen Vertrag charakteristisch sei und normalerweise in der Verrichtung der Arbeit bestehe. Es handele sich normalerweise um das Recht des Ortes, an dem die Arbeitsleistung erbracht werde.

47 — Oben Nr. 41.

48 — Randnr. 15.

49 — Randnr. 19.

50 — Der Gerichtshof bezieht sich hier auf das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (ABl. L 266 vom 9.10.1980, S. 1).

53. In zweiter Linie hat der Gerichtshof auf den Gedanken des Schutzes der sozial schwächeren Partei abgestellt [51].

54. Schließlich ist er noch in Anlehnung an seine im Urteil de Bloos angestellten Überlegungen [52] für eine Auslegung des Übereinkommens eingetreten, wonach „das angerufene Gericht keine Veranlassung dazu hat, für die Entscheidung über einige Ansprüche seine Zuständigkeit zu bejahen, sie jedoch in bezug auf andere Ansprüche zu verneinen" [53].

55. Im Urteil Shenavai [54] sah sich der Gerichtshof — obschon nicht mit einem Fall auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, sondern mit dem einer Honorarklage eines Architekten befaßt — veranlaßt, die Argumente des Urteils Ivenel zum Gesichtspunkt der Sachnähe zu ergänzen, nach denen Arbeitsrechtsstreitigkeiten möglichst an ein Gericht des Arbeitsortes zu verweisen seien, da in der Regel dessen materielles Recht anwendbar sei [55]. Nach Ansicht des Gerichtshofes spricht für die Lösung des Urteils Ivenel außerdem, daß Arbeits- und ähnliche Verträge „eine dauerhafte Beziehung begründen, durch die der Arbeitnehmer in einer bestimmten Weise in den Betrieb des Unter-

51 — Randnr. 16; siehe bereits oben Nr. 20.

52 — Vgl. oben Nrn. 38 und 39.

53 — Randnr. 18 des Urteils Ivenel.

54 — Urteil vom 15. Januar 1987 in der Rechtssache 266/85 (Shenavai/Kreischer, Slg. 1987, 239).

55 — Siehe hierzu die kritischen Erwägungen von Generalanwalt Mancini (Schlußanträge vom 4. November 1986 in der Rechtssache Shenavai, Slg. 1987, 246, 249) sowie von Generalanwalt Jacobs (Schlußanträge vom 26. Mai 1993 in der Rechtssache Mulox [Fußnote 12], Nrn. 26 bis 29).

nehmens oder des Arbeitgebers eingegliedert wird" [56].

56. Nachdem der Gerichtshof die so präzisierte Rechtsprechung Ivenel in seinem Urteil Six Constructions [57] bestätigt hatte, wurde er mit der Rechtssache Mulox befaßt, die ebenfalls einen Rechtsstreit aus einem Arbeitsverhältnis betraf. Im Unterschied zu den bislang erörterten Rechtssachen ging es hier jedoch nicht um die Wahl der maßgebenden Verpflichtung, sondern um die Bestimmung des Erfüllungsortes in bezug auf diese Verpflichtung.

57. Der Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, daß auf dem Gebiet der Arbeitsverträge der Begriff des Erfüllungsortes nicht nach der lex causae sondern — autonom — nach einheitlichen Kriterien bestimmt werden müsse, die von ihm anhand von System und Ziesetzungen des Übereinkommens zu definieren seien. Die Schwierigkeiten angesichts der unterschiedlichen Anschauungen über den Erfüllungsort der maßgebenden Verpflichtung, mit denen der Gerichtshof im Urteil Tessili seine Option für einen nach der lex causae bestimmten Erfüllungsort begründet hatte, bestünden nämlich nicht auf dem Gebiet der Arbeitsverträge. Denn auf diesem Gebiet sei die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Verrichtung der vereinbarten Tätigkeit als charakteristische Verpflichtung des Arbeitsvertrags die für Artikel 5 Nr. 1 maßgebende Verpflichtung. Der Gerichtshof erinnert hierzu an die in der früheren Rechtsprechung aufgeführten Besonderheiten dieser Verträge: Sie begründeten eine dauerhafte Beziehung, durch die der Arbeitnehmer in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert werde, und ihr räumlicher Bezugspunkt sei der Ort der Tätigkeit als der für die Anwendung von Vorschriften zwingenden Rechts und von Tarifverträgen maßgebliche Ort.

58. Die Frage, wo der (autonom bestimmte) Erfüllungsort in einem solchen Fall konkret anzusiedeln sei, hat er dahin beantwortet, daß es sich um den Ort handele, an dem der Arbeitnehmer seine mit dem Arbeitgeber vereinbarte Tätigkeit tatsächlich verrichte. Hierzu verweist er auf die in der früheren Rechtsprechung zu Arbeitsverträgen entwickelten Gesichtspunkte der Sachnähe und des Schutzes der schwächeren Partei.

59. Lassen Sie mich an dieser Stelle eine Bilanz der Rechtsprechung ziehen, die sich vom Urteil Ivenel bis zum Urteil Mulox erstreckt.

60. Gleich auf den ersten Blick wird deutlich, daß die im Urteil Mulox aufgestellten Kriterien zur Bestimmung des *Erfüllungsortes* bereits vorbestimmt waren durch die *Auswahl*, die der Gerichtshof seit dem Urteil Ivenel hinsichtlich der *maßgebenden Verpflichtung* getroffen hatte. Zur Begründung seiner Lösung hat sich der Gerichtshof im Urteil Mulox ausschließlich auf die Argumente gestützt, die bereits in der Rechtsprechung Ivenel (präzisiert durch die späteren Urteile) angeführt worden waren [58]. Die Entscheidung für eine autonome Auslegung

56 — Randnr. 16 des Urteils Shenavai.

57 — Fußnote 13.

58 — Vgl. auch die Schlußanträge des Generalanwalts Jacobs in dieser Rechtssache, Nr. 21 am Ende.

des Erfüllungsortbegriffs war somit bereits mit dem Urteil Ivenel gefallen [59].

61. Unter Berücksichtigung der Gründe des Urteils Ivenel erweist sich des näheren, daß der Gerichtshof bereits zu jener Zeit der Meinung war, daß die Bestimmung des Erfüllungsortes nach dem materiellen Recht des Vertrags — jedenfalls im Bereich der Arbeitsverträge — nicht der Zielsetzung des Artikels 5 Nr. 1 entspricht.

62. Auf dieser Grundlage gelange ich zu einer doppelten Schlußfolgerung.

63. Erstens zeigt die hier diskutierte Rechtsprechung, daß der Gerichtshof zwar im allgemeinen weiterhin den Erfüllungsort anhand des materiellen Rechts des Vertrags ermittelt sehen möchte, von diesem Grundsatz jedoch dann abweicht, wenn seine Anwendung *im Einzelfall offenkundig nicht der Zielsetzung des Artikels 5 Nr. 1 entspricht.* Es handelt sich um einen für meine Begriffe zutreffenden Mittelweg zwischen zwei (abzulehnenden) Extremen: einerseits einer starren, ganz ihrem Wortsinn [60] verhafteten, aber von ihrem Zweck losgelösten Anwendung der Vorschrift; andererseits einer rein am Gesichtspunkt der Sachnähe orientierten Auslegung, die den Begriff des Erfüllungsortes aushöhlen und Artikel 5 Nr. 1 in eine konturlose Forum-conveniens-Regel verwandeln könnte [61]. Die Tür zu einer solchen ausnahmsweisen Unterscheidung zwischen materiellem und prozessualem Erfüllungsort hatte der Gerichtshof übrigens schon, sieht man genauer hin, im Urteil Tessili offengelassen: vgl. oben Nr. 44.

64. Zweitens erweist sich, daß das Problem der Wahl der maßgebenden Verpflichtung und das des Kriteriums zur Bestimmung des Erfüllungsortes auf das engste miteinander verknüpft sind. Jede Auslegung, bei der unter Abweichung vom materiellen Recht des Vertrags (wie auch vom Wortlaut einiger Sprachfassungen der Vorschrift) auf eine andere als die streitige Verpflichtung abgestellt wird, ist ein Stück weit vertragsautonome Auslegung. Ob gewollt oder nicht, sie beeinflußt das Verhältnis zwischen dem Zweck des Artikels 5 Nr. 1 und dem Ergebnis seiner Anwendung. Umgekehrt kann eine solche Korrektur — als eines der möglichen Mittel — gezielt dazu eingesetzt werden, bei der Anwendung des Artikels 5 Nr. 1 dessen Zielsetzung Rechnung zu tragen. Ein solches Vorgehen kann, wie die hier erörterte Rechtsprechung zeigt, eine überlegene Alternative gegenüber der Ermittlung des Erfüllungsortes im Wege der Rechtsvergleichung darstellen, zumal letztere nicht zwangsläufig gewährleistet, daß zur Bestimmung eines sachnahen Gerichtsstandes ungeeignete Kriterien durch geeignetere ersetzt werden. Die

59 — In diesem Zusammenhang ist bezeichnend, daß die im Anschluß an das Urteil Ivenel ergangene Entscheidung der Cour d'appel Metz aus dem Jahre *1982* (Bull. Civ. 1982, V, 304), genau mit den Kriterien übereinstimmt, die der Gerichtshof *1993* im Urteil Mulox aufgestellt hat.

60 — Siehe oben Nrn. 22 ff.

61 — Gegen die letztgenannte Alternative sprechen sich aus: Gothot-Holleaux, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, 1985, 41. Vgl. auch Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Paris, 1972, 128 f. (Nr. 206).

rechtsvergleichende Bestimmung des Erfüllungsortes kann demgegenüber eher dazu dienen, die vereinheitlichende Wirkung des Artikels 5 Nr. 1 zu verstärken: das Kriterium der lex causae ist zwar einheitlich [62], jedoch von der konkreten Bestimmung des Erfüllungsortes kraft seiner Natur relativ weit entfernt.

65. In diesem Zusammenhang möchte ich noch präzisieren, daß der Begriff der „vertragsautonomen Auslegung" nicht zu der Annahme verleiten darf, daß in einem bestimmten Fall nur zwei Möglichkeiten zur Verfügung stünden: entweder die Ermittlung des Erfüllungsortes *ganz konform* dem materiellen Recht oder *ganz unabhängig* von diesem. Vielmehr sind — stets im Interesse einer zweckgerechten Auslegung — mannigfache Zwischenlösungen denkbar. Als Beispiel sei hier nur das schon diskutierte Urteil de Bloos angeführt. Dort hatte der Gerichtshof, wir erinnern uns, wegen Anträgen auf Schadensersatz oder wegen Auflösung des Vertrags diejenige vertragliche Verpflichtung als maßgebend angesehen, deren Nichterfüllung zur Begründung dieser Anträge behauptet wird. Dieser Schritt in Richtung einer autonomen Auslegung des Artikels 5 Nr. 1 ist jedoch wiederum von einer Referenz auf die lex causae begleitet: „Werden Ausgleichsansprüche eingeklagt, so hat das innerstaatliche Gericht zu prüfen, ob es sich *nach dem auf den Vertrag anwendbaren Recht* um eine selbständige vertragliche Verpflichtung oder um eine Verpflichtung handelt, die an die Stelle der nichterfüllten vertraglichen Verpflichtung getreten ist" [63].

66. Kommen wir nun zu der Rechtsprechung außerhalb des Bereichs der Arbeitsverträge.

67. In dem schon zitierten Urteil Shenavai [64] hat der Gerichtshof entschieden, daß im Falle eines Rechtsstreits über die Honorarklage eines mit der Bauplanung befaßten Architekten für die Bestimmung des Erfüllungsortes die vertragliche Verpflichtung maßgeblich ist, die konkret den Gegenstand der Klage bildet. Um diese Lösung im Verhältnis zu der abweichenden Option des Urteils Ivenel zu begründen, hat der Gerichtshof zunächst an die Argumente erinnert, die sich aus der Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers und dem Umstand ergeben, daß räumlicher Bezugspunkt für die Anwendung von Vorschriften zwingenden Rechts und von Tarifverträgen der Ort seiner Tätigkeit ist [65]. Anschließend führt der Gerichtshof aus:

„Liegen diese besonderen Umstände nicht vor, dann ist es weder erforderlich noch zweckmäßig, die für den Vertrag charakteristische Leistung zu ermitteln und an ihrem Erfüllungsort die an den Erfüllungsort anknüpfende gerichtliche Zuständigkeit für die Rechtsstreitigkeiten aus allen Vertragspflichten zu konzentrieren. Angesichts der Verschiedenartigkeit und Vielfältigkeit von Ver-

62 — Siehe Schlußanträge des Generalanwalts Mayras in der Rechtssache Tessili (Fußnote 40), S. 1495.

63 — Randnr. 17 (am Ende) des Urteils de Bloos (Fußnote 23); Hervorhebung von mir.

64 — Fußnote 54.

65 — Randnr. 16 des Urteils Shenavai.

trägen im allgemeinen könnte dieses Kriterium nämlich anderenfalls zu Ungewißheiten über die gerichtliche Zuständigkeit führen, die das Übereinkommen gerade verringern soll.

Stellt man dagegen lediglich auf die Verpflichtung ab, die im Vertrag vorgesehen ist und deren Erfüllung mit der Klage begehrt wird, so besteht bei der Mehrzahl der Verträge eine solche Ungewißheit nicht. Ihr Erfüllungsort ist nämlich in der Regel der Ort, der die engste Verbindung zwischen Streitigkeit und zuständigem Gericht aufweist; diese Verbindung war ausschlaggebend für die Schaffung des Gerichtsstands des Erfüllungsortes der Verpflichtung bei Vertragsklagen."

68. Diese Überlegungen zeigen zunächst, daß der Gerichtshof den unperfekten Charakter [66] des Artikels 5 Nr. 1 klar erkannt hat, räumt er doch ein, daß der Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung (nur) „in der Regel" der Ort ist, der die engste Verbindung zwischen Streitigkeit und zuständigem Gericht aufweist. Sodann fällt auf, daß die Überlegungen des Gerichtshofes nur einen begrenzten Ausschnitt aus der Problematik abdecken. Nicht behandelt wurde zum einen die Frage, ob die Regeln über den Erfüllungsort der Vergütungspflicht geeignet sind, den Rechtsstreit einem sachnahen Gerichtsstand zuzuweisen. Wenn auch die Bundesregierung darauf hingewiesen hatte, daß die Berücksichtigung der vertragscharakteristischen Pflicht der Zielsetzung des Artikels 5 Nr. 1 eher entspreche als die der (damals streitigen) Zahlungspflicht, so hatte doch weder sie noch ein anderer Beteiligter, noch der Gerichtshof eine offenkundige Zweckverfehlung des Artikels 5 Nr. 1 diskutiert. Zum anderen wurde, wie aus Randnummer 17 des Urteils klar hervorgeht, als Alternative zu der angenommenen Lösung nur erörtert, am Erfüllungsort der *„charakteristische[n] Leistung* ... die an den Erfüllungsort anknüpfende gerichtliche Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten aus *allen* Vertragspflichten zu *konzentrieren*" [67]. Diese Lösung ist es, die der Gerichtshof wegen der mit ihr angeblich verbundenen „Ungewißheiten" verworfen hat. Ob enger begrenzte und in ihren Wirkungen überschaubare Korrekturen möglich sind, kann daher nach wie vor als offen gelten.

69. Außerhalb des Gebiets der Arbeitsverträge ist neben dem Urteil Shenavai auch noch das Urteil Zelger [68] zu nennen, das eine Vereinbarung über den Erfüllungsort für die Rückzahlung eines Darlehens betraf. Der Gerichtshof hat mit diesem Urteil die Rechtsprechung Tessili implizit bestätigt, da er als Erfüllungsort im Sinne des Artikels 5 Nr. 1 den Ort angesehen hat, der „von den Parteien in einer nach dem auf den Vertrag anwendbaren innerstaatlichen Recht wirksamen Vereinbarung bestimmt worden ist". Die Frage, ob diese Lösung in concreto „durch eine unmittelbare Verknüpfung zwischen dem Rechtsstreit und dem zu seiner Entscheidung berufenen Gericht gerechtfertigt ist" [69], war nicht aufgeworfen worden. Zentrales Thema dieses Urteils war vielmehr das Verhältnis zwischen den Artikeln 5 Nr. 1 und 17.

66 — Am Rande sei bemerkt, daß manche Autoren sogar fordern, Artikel 5 Nr. 1 des Übereinkommens abzuschaffen: z. B. Lasok/Stone, *Conflicts of Laws in the European Community*, 1987, S. 220 f.

67 — Hervorhebung von mir.

68 — Urteil vom 17. Januar 1980 in der Rechtssache 56/79 (Zelger/Salinitri, Slg. 1980, 89).

69 — Randnr. 3 (am Ende) des Urteils.

70. *III.* Aufgrund all dieser Überlegungen ist die Antwort auf die erste Vorlagefrage zu entwickeln.

71. *1.* Das mit Buchstabe a dieser Frage aufgeworfene Problem, *ob* von der Anwendung der lex causae abzuweichen ist, richtet sich nach dem vorhin aus der Rechtsprechung entwickelten Kriterium [70]: Zu prüfen ist, ob ihre Anwendung im vorliegenden Einzelfall offenkundig nicht der Zielsetzung des Artikels 5 Nr. 1 entspricht.

72. Hierzu ist festzustellen, daß es bei Streitigkeiten wegen Zahlung des Kaufpreises — wenn nicht der Vertragsschluß selbst strittig ist [71] — in der Mehrzahl der Fälle um die Frage geht, ob die Gegenleistung (des Verkäufers) ordnungsgemäß erbracht worden ist [72]. Unter den Gerichten, die eine örtliche Nähe zu den Ereignissen der Durchführung des Vertrags aufweisen, entspricht somit jenes der Zielsetzung des Artikels 5 Nr. 1, das am besten geeignet ist, die Ordnungsmäßigkeit der Sachleistung zu beurteilen.

73. Artikel 59 Absatz 1, erster Halbsatz führt dagegen systematisch zu dem Gericht des Wohnsitzes des Gläubigers, da letzterer im Rahmen der Verteilung der Risiken des internationalen Zahlungsverkehrs begünstigt werden sollte. Schon dies spricht meines Erachtens dafür, den Erfüllungsort autonom zu bestimmen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß im Falle des Artikels 59 Absatz 1 erster Halbsatz EKG der Erfüllungsort der Kaufpreiszahlungspflicht per Definition unabhängig ist von dem Erfüllungsort im Hinblick auf die Sachleistung (Gegenleistung), deren angeblich mangelhafte Erfüllung in der Regel den Anlaß zu dem Streit über die Zahlung des Kaufpreises gibt. Nur im Falle des zweiten Halbsatzes dieser Vorschrift fallen diese Erfüllungsorte zusammen.

74. Damit steht fest, daß das Kriterium des Artikels 59 Absatz 1 erster Halbsatz, offenkundig nicht in der Lage ist, den Streit einem sachnahen Gerichtsstand zuzuführen. Die Vorlagefrage zu 1 a ist daher zu verneinen.

75. *2.* Zur Beantwortung der Frage zu 1 b, *wie* der Erfüllungsort in einem solchen Fall zu bestimmen ist, kann ich unmittelbar an das vorhin Gesagte anknüpfen.

76. Meines Erachtens ist hier nicht auf die Zahlungspflicht abzustellen, sondern auf die Pflicht des Verkäufers zur Erbringung der

70 — Oben Nr. 63.

71 — Spellenberg (*Zeitschrift für Zivilprozeß* 91[1978], 38, 56 unten) weist zu Recht darauf hin, daß in diesem Falle ein Gerichtsstand des Abschlußortes am geeignesten wäre, den aber das Übereinkommen nicht vorsieht.

72 — Vgl. schon die Stellungnahme der Bundesregierung in der Rechtssache Shenavai (oben Nr. 68); Spellenberg, a. a. O. (vorige Fußnote).

Sachleistung [73]. Dies ist, wie sich aus meinen vorhin angestellten Überlegungen ergibt, im Rahmen der Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien derjenige „Erfüllungsort", der am ehesten zu einem sachnahen Gericht führt. Das gilt hier um so mehr, als nach dem Berufungsurteil des OLG Hamm [74], auf das der Bundesgerichtshof ausdrücklich Bezug nimmt, die gelieferten Fenster gemäß den britischen technischen Normen und Standards zu liefern waren.

78. Im Hinblick auf das Urteil Tessili ist festzustellen, daß die lex causae weiterhin Anwendung findet, wenn auch nicht zur Ermittlung des Erfüllungsortes der streitigen Leistung, sondern der Gegenleistung der anderen Partei.

79. Die letztere Feststellung ist allerdings im Hinblick auf die nähere Ausgestaltung der hier vorgeschlagenen Lösung mit einem gewissen Vorbehalt zu versehen. Dazu möchte ich, bevor ich meinen Vorschlag formuliere, folgende Überlegungen anstellen.

77. Bevor ich diese Lösung noch etwas näher ausführe, möchte ich in aller Kürze ihr Verhältnis zu den Urteilen de Bloos und Tessili darstellen, von denen sie in Wahrheit nur in begrenztem Umfang abweicht. Im Hinblick auf das Urteil de Bloos ist festzustellen, daß mit der vorgeschlagenen Lösung keineswegs auf eine „beliebige" vertragliche Verpflichtung abgestellt wird, sondern auf jene, die bei weitem besser geeignet ist, einen sachnahen Gerichtsstand herbeizuführen, als die streitige. Außerdem bleibt es bei dem in diesem Urteil aufgestellten und im Urteil Shenavai bestätigten Prinzip, von manchen „Isolationsprinzip" genannt, wonach im allgemeinen für jede Verpflichtung separat ein Erfüllungsort bestimmt wird. Lediglich die Methode der Bestimmung dieses Erfüllungsortes weicht von dem ab, was das Urteil de Bloos vorsieht.

80. Die Regeln der lex causae über den Erfüllungsort der Sachleistungspflicht des Verkäufers können, wie die über den Erfüllungsort für die Zahlung des Kaufpreises, Elemente enthalten, die nur der Verteilung des Risikos — hier namentlich: des Transportrisikos — dienen und über das wirtschaftliche *Ziel* der Verkäuferpflichten keine zuverlässige Auskunft geben [75]. Wenn wir nun derartige Elemente bei Prüfung der Regeln über den Erfüllungsort der Zahlungspflicht zum Anlaß genommen haben, vom materiellen Recht des Vertrags abzuweichen, weil sie nicht zur Zuweisung des Rechtsstreits an einen sachnahen Gerichtsstand beitragen können, so erschiene es unlogisch, bei Prüfung der Regeln über den Erfüllungsort der Lieferpflicht des Verkäufers eine andere Methode anzuwenden. Insofern ist festzustellen, daß für Streitigkeiten über die Vergütung, die — das hatten wir als den typischen Fall angesehen — aufgrund von (angeblichen) Mängeln der Sachleistung entstehen,

73 — Oben Nr. 64.

74 — Veröffentlicht in *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1992, S. 78.

75 — Siehe oben Nr. 27.

das Gericht des Bestimmungsortes der Lieferung im allgemeinen die größere Sachnähe aufweist als das des Absendeortes. Das gilt unerheblich davon, welcher dieser beiden Orte „Erfüllungsort" im Sinne des materiellen Rechts ist und somit davon, welche der Parteien das Transportrisiko trägt.

81. Es erscheint angebracht, die Antwort auf die Frage des Bundesgerichtshofes in dem vorgenannten Sinne zu präzisieren. Aus dem Berufungsurteil des Oberlandesgerichts Hamm geht nämlich hervor, daß dieses Gericht die Lieferklausel „free site in London" lediglich als bloße Abrede darüber verstanden hat, unter welchen Bedingungen die Ablieferung zu erfolgen habe. Es hat den Anschein, daß es daher nicht London als Erfüllungsort der Sachleistung (der Klägerin) angesehen hat und daß gerade aus diesem Grunde *nicht* Artikel 59 Absatz 1 *zweiter Halbsatz sondern* der *erste Halbsatz* dieser Vorschrift zur Anwendung kam.

82. *IV.* Aus allen diesen Gründen schlage ich vor, auf die Fragen 1 a und 1 b des Bundesgerichtshofes wie folgt zu antworten:

Wird ein Abnehmer aus einem Werklieferungsvertrag, der dem einheitlichen Kaufgesetz unterliegt, auf Zahlung des Werklohns in Anspruch genommen und ist auf diese Zahlung nach materiellem Recht Artikel 59 Absatz 1 erster Halbsatz des Einheitlichen Kaufgesetzes anwendbar, so ist Erfüllungsort im Sinne des Artikels 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens der in dem Vertrag vereinbarte Bestimmungsort der Lieferung, unabhängig davon, welche der Parteien das Risiko der Übermittlung der Waren zu diesem Ort zu tragen hat.

Zur zweiten Vorlagefrage

— *Allgemeines*

83. Der Bundesgerichtshof hat seine zweite Frage für den Fall gestellt, daß nach der Antwort auf die erste Frage „die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte nicht auf Artikel 5 Nr. 1 [des Übereinkommens] gestützt werden kann". Da der Erfüllungsort im Sinne dieser Vorschrift, wie vorhin ausgelegt, im vorliegenden Fall nicht in Deutschland angesiedelt wäre, ist auf die zweite Frage einzugehen.

84. Mit dieser Frage bittet der Bundesgerichtshof um Auskunft, ob unter den dort näher aufgeführten Umständen des Falles eine Gerichtsstandsvereinbarung gemäß Artikel 17 des Übereinkommens „wirksam zustande kommen [kann]". Da der Bundesgerichtshof der Ansicht ist, daß eine solche

Vereinbarung weder „schriftlich" (Absatz 1 Satz 2, 1. Fall) noch „mündlich mit schriftlicher Bestätigung" (a. a. O., 2. Fall) geschlossen worden ist, geht es ihm um den in dieser Vorschrift erwähnten *dritten Fall*. Nach dieser mit dem Beitrittsübereinkommen 1978 eingefügten Bestimmung kann eine Gerichtsstandsvereinbarung

„im internationalen Handelsverkehr in einer Form geschlossen [werden], die den internationalen Handelsbräuchen entspricht, die den Parteien bekannt sind oder die als ihnen bekannt angesehen werden müssen".

85. Aus dem Schlosser-Bericht [76] geht hervor, daß die beiden anderen Fälle des Artikels 17 in der ihnen durch den Gerichtshof gegebenen Auslegung Voraussetzungen aufstellten, die „den Gepflogenheiten und Bedürfnissen des internationalen Handels nicht gerecht" würden. Insoweit ging es den Verfassern der Reform namentlich darum, die Konsequenzen abzumildern, die sich aus dem Urteil Segoura [77] ergaben. Mit dem Fall eines mündlichen Kaufvertrages befaßt, der jedoch keine mündliche Vereinbarung eines Gerichtsstandes im Sinne des Artikels 17 enthielt, hatte der Gerichtshof dem Bestätigungsschreiben des Verkäufers, dem dieser seine Geschäftsbedingungen mit Gerichtsstandsklausel beigefügt hatte, jede Wirkung versagt. Diese Klausel werde nur Vertragsinhalt, wenn der Käufer die Geschäftsbedingungen schriftlich annehme [78]. Der Umstand, daß der Käufer der Bestätigung nicht widerspreche, sei hinsichtlich der Gerichtsstandsklausel nicht als Annahme anzusehen, es sei denn, der mündlich geschlossenen Vertrag füge sich in laufende Geschäftsbeziehungen ein, die zwischen den Parteien auf der Grundlage der eine Gerichtsstandsklausel enthaltenden allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Partei bestünden [79]. Im Schlosser-Bericht heißt es hierzu, das Erfordernis, daß der Vertragspartner des Verwenders die Einbeziehung der Bedingungen schriftlich bestätigen müsse, sei „dem internationalen Handel nicht zumutbar".

86. Nähere Überlegungen zur Bedeutung des fraglichen Textes werden bei der nun folgenden Behandlung der vom Bundesgerichtshof aufgeworfenen Probleme anzustellen sein.

— *Zu Teil a der zweiten Frage*

87. *I.* In diesem Teil der Frage nennt der Bundesgerichtshof zunächst das *Verhalten der Parteien*, das gegebenenfalls die wirk-

76 — ABl. C 59 vom 5.3.1979, S. 71, 124 f. (Nr. 179).

77 — Urteil vom 14. Dezember 1976 in der Rechtssache 25/76 (Segoura/Bonakdarian, Slg. 1976, 1851).

78 — Randnrn. 8 und 10 des Urteils Segoura.

79 — Zweiter Absatz des Tenors.

same Vereinbarung eines Gerichtsstandes (im Hinblick auf die Voraussetzungen des dritten Falles) begründen könnte:

— Nach mündlich abgeschlossenem Vertrag bestätigt ein Lieferant seinem Abnehmer gegenüber schriftlich den Vertragsschluß;

— diesem Bestätigungsschreiben fügt er erstmals allgemeine Geschäftsbedingungen bei, die eine Gerichtsstandsklausel enthalten;

— der Abnehmer widerspricht der Gerichtsstandsklausel nicht.

88. Im Anschluß daran nennt der Bundesgerichtshof gewisse *Begleitumstände tatsächlicher und rechtlicher Art*, die für die Beurteilung erheblich sein könnten:

— Am Sitz des Abnehmers „[besteht] kein Handelsbrauch", daß Schweigen auf ein solches Schreiben als Einverständnis mit der Gerichtsstandsklausel anzusehen sei;

— dem Abnehmer ist ein solcher Handelsbrauch auch nicht bekannt;

— es handelt sich um den ersten Geschäftskontakt zwischen den Parteien.

89. Da der Gerichtshof mit dem dritten Fall des Artikels 17 (in der Fassung von 1978) bislang noch nicht befaßt worden ist, hat der Bundesgerichtshof seine Frage nicht auf die einzelnen Voraussetzungen dieser Bestimmung, sondern auf diese insgesamt bezogen. Es sei fraglich, führt er aus, ob sie über ihren Wortlaut hinaus nicht nur die Form, sondern auch die materiellen Voraussetzungen des Zustandekommens von Gerichtsstandsvereinbarungen erfasse. Fraglich sei ferner, wie die konkretisierungsbedürftigen Begriffe des internationalen Handelsverkehrs und der internationalen Handelsbräuche sowie die subjektiven Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift auszulegen seien. [80]

90. Unter diesen Umständen erscheint es angebracht, die Voraussetzungen der fraglichen Bestimmung nacheinander unter Berücksichtigung der vom Bundesgerichtshof mitgeteilten Umstände zu erörtern.

91. *II. 1.* Zunächst ist zu prüfen, ob der vorliegende Fall den „*internationalen Handelsverkehr*" im Sinne des Artikels 17 betrifft. Diese Frage, die vor dem Gerichtshof nicht besonders erörtert worden ist, muß meines Erachtens bejaht werden. Als Kaufvertrag, der die Lieferung einer Ware von einem Ver-

80 — S. 17 des Vorlagebeschlusses.

tragsstaat in einen anderen betrifft und dessen Parteien als Handelsgesellschaften jeweils in diesen Staaten niedergelassen sind, ist der Vorgang, auf den sich die Gerichtsstandsklausel bezieht, ohne weiteres als *international* anzusehen. Man könnte freilich diese Voraussetzung dahin verstehen, daß sie die Anwendung der hier behandelten Vorschrift auf bestimmte, klar definierbare Handelszweige beschränken soll. Den Handel innerhalb solcher Zweige scheint das House of Lords Select Committee on the European Communities vor Augen gehabt zu haben, als es den britischen Vorschlag zur Einführung des dritten Falles von Artikel 17 vorbereitete [81]. Eine solche Auslegung wird aber von der Zielsetzung des Artikels 17 — zu verhindern, daß Gerichtsstandsklauseln unbemerkt in das Vertragsverhältnis eingeführt werden [82] — nicht getragen. Ohne den Anwendungsbereich der fraglichen Vorschrift in dieser Weise *von vornherein* einzuengen, erscheint es vielmehr angemessen, bei der Auslegung des Begriffs der Handelsbräuche und der subjektiven Voraussetzungen des dritten Falls den eventuellen Unterschieden zwischen dem institutionalisierten Handel (etwa auf dem Rohstoffsektor) und anderen internationalen Handelsgeschäften Rechnung zu tragen [83].

92. Da die Vertragspartner Handelsgesellschaften sind und in ihrem jeweiligen beruflichen Sektor tätig geworden sind, habe ich auch keinen Zweifel, daß die hier in Rede stehenden Vorgänge den (internationalen) *Handelsverkehr* betreffen.

93. 2. Weiterhin ist zu prüfen, welche Auslegungshinweise dem Bundesgerichtshof wegen des Erfordernisses gegeben werden können, daß die Gerichtsstandsvereinbarung *„in einer Form geschlossen werden [muß], die den internationalen Handelsbräuchen entspricht"*.

94. *a)* Wie wir gesehen haben, ist der dritte Fall in Artikel 17 eingeführt worden, um gewisse andere Modi der wirksamen Vereinbarung als die schriftliche Vereinbarung oder die mündliche Vereinbarung mit schriftlicher Bestätigung zuzulassen. Nach dem Aufbau der Vorschrift ist klar, daß als Arten wirksamer Vereinbarung diejenigen zugelassen werden sollten, die den einschlägigen „Handelsbräuchen" entsprechen.

95. Nicht ganz eindeutig ist indessen die Tragweite dieses Kriteriums. Wie der Bundesgerichtshof zu Recht hervorhebt, bezieht es sich gemäß dem Wortlaut der Vorschrift nur auf die „Form" der Vereinbarung, und

81 — Vgl. Session 1976-1977, 45th report, par. 20.

82 — Siehe den Jenard-Bericht (Fußnote 2), S. 37.

83 — Dafür scheinen auch das (auf den vorliegenden Fall nicht anwendbare) Abkommen von Lugano (ABl. L 319 vom 25.11.1988, S. 1) und das Brüsseler Übereinkommen in der Fassung von San Sebastian (ABl. L 285 vom 3.10.1989, S. 4) zu sprechen. Dort wurde das Merkmal „im internationalen Handel" beibehalten, jedoch als neue Voraussetzung aufgestellt, daß den betreffenden Handelsbrauch „Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig allgemein kennen und regelmäßig beachten".

man fragt sich, ob nicht auch die Vereinbarung selbst — die Festlegung eines gemeinsamen Willens — erfaßt werden sollte.

96. Meines Erachtens ist letzteres der Fall. Zwar weist die Kommission zu Recht darauf hin, daß der Schlosser-Bericht den dritten Fall des Artikels 17 „nur" als eine „Erleichterung von Formerfordernissen" darstellt und die Frage aufwirft, „ob andere Willenseinigungsprobleme als die Formfrage nach anwendbarem nationalem Recht oder nach einheitlichen EWG-Grundsätzen zu beurteilen sind" [84]. Doch würde das Ziel der Reform von 1978 nicht erreicht, handelte es sich um eine bloße Formvorschrift. Der Gerichtshof hat nämlich im Urteil Segoura die Wirksamkeit der Gerichtsstandsklausel gerade deshalb verneint, weil es an der von Artikel 17 geforderten [85] tatsächlichen Einigung der Parteien fehlte: Das Schweigen auf das Bestätigungsschreiben sei „nicht als Annahme anzusehen" [86]. Bezöge sich die Neufassung nur auf die Form, dann wäre das Erfordernis einer tatsächlichen Einigung nach wie vor *nach Maßgabe dieser Rechtsprechung* zu prüfen, ohne daß eine Erleichterung im Hinblick auf die Bedürfnisse des internationalen Handels einträte. Allgemeiner ist festzustellen, daß nach einer ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes, in die sich das Urteil Segoura einfügt, die Formerfordernisse des Artikels 17 keinen Selbstzweck verfolgen [87], sondern

„gewährleisten [sollen], daß die Einigung zwischen den Parteien tatsächlich feststeht" [88].

97. Diesen Ansatz hat der Gerichtshof erst jüngst in der Rechtssache Powell Duffryn [89] bestätigt, in der es um eine Gerichtsstandsklausel in einer Gesellschaftssatzung ging. Nachdem er festgestellt hatte, daß *Gesellschaftssatzungen* in den Rechtsordnungen aller Vertragsstaaten der Schriftform bedürfen und die grundlegende Regelung für die Beziehungen zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft darstellen, hat er darauf hingewiesen,

„daß jeder, der Aktionär einer Gesellschaft wird, *unabhängig von der Art und Weise des Erwerbs der Aktien weiß oder wissen muß*, daß er an die Satzung dieser Gesellschaft ... gebunden ist ..." [90]

98. Im Hinblick auf den vorliegenden Fall ist noch zu ergänzen, daß Handelsbräuche, die *reine Form*erfordernisse auf dem vorliegenden Gebiet betreffen, sich, wenn überhaupt, nur mit großen Schwierigkeiten bilden können. Diese Erfordernisse gehören nämlich zum *Prozeßrecht*, dessen zwingende

84 — A. a. O. (Fußnote 76), S. 125 (Nr. 179).

85 — Siehe Randnr. 6 des Urteils Segoura.

86 — Teil 2 des Tenors.

87 — Siehe oben Fußnote 82 und dazugehörigen Text.

88 — Urteil vom 14. Dezember 1976 in der Rechtssache 24/76 (Estatis Salotti/RÜWA, Slg. 1976, 1831, Randnr. 7); Randnr. 6 des Urteils Segoura; Urteile vom 6. Mai 1980 in der Rechtssache 784/89 (Porta-Leasing/Prestige International, Slg. 1980, 1517, Randnr. 5); vom 14. Juli 1983 in der Rechtssache 201/82 (Gerling/Amministrazione del tesoro dello Stato, Slg. 1983, 2503, Randnr. 13); vom 19. Juni 1984 in der Rechtssache 71/83 (Tilly Russ/Nova, Slg. 1984, 2417, Randnr. 14); vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 221/84 (Berghoefer/ASA, Slg. 1985, 2699, Randnr. 13); vom 11. November 1986 in der Rechtssache 313/85 (Iveco Fiat/Van Hool, Slg. 1986, 3337, Randnr. 5).

89 — Urteil vom 10. März 1992 in der Rechtssache 214/89 (Powell Duffryn, Slg. 1992, 1745).

90 — Randnr. 27 des Urteils; Hervorhebung von mir.

Regeln die Mitgliedstaaten unterschiedlich gestalten und jederzeit ändern können [91]. Dagegen kann es, wie der Schlosser-Bericht zeigt, im Hinblick auf die Art und Weise der *Willenseinigung* in bezug auf einen Gerichtsstand sehr wohl Handelsbräuche geben, da diese Problematik dem *materiellen* Recht zuzurechnen sind. Diese Bräuche, wie etwa solche betreffend das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, können Elemente der Form und der materiellen Willenseinigung miteinander verweben. Sie können mit anderen Worten eine gewisse *Form*, verstanden als *Art und Weise* der Willenseinigung betreffen. Der dritte Fall des Artikels 17 betrifft somit eine Gestaltung, bei der die Übereinstimmung des Verhaltens der Parteien mit den Handelsbräuchen in Verbindung mit gewissen subjektiven Voraussetzungen gewährleistet, was außerhalb seines Anwendungsbereichs nur Schriftlichkeit und die sogenannte „Halbschriftlichkeit" gewährleisten: Gerichtsstandsklauseln sollen nicht unbemerkt in den Vertrag Eingang finden [92].

99. *b)* Daß der Bundesgerichtshof für die Zwecke der Auslegung des Artikels 17 Angaben über das Verhalten der Parteien sowie die Rechtslage im Vereinigten Königreich macht, ist kein Zufall. Die Erheblichkeit dieser Umstände richtet sich danach, wie man den Begriff der „Handelsbräuche", namentlich im Falle eines Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, versteht. Das ist im Schrifttum umstritten, wobei im wesentlichen *drei unterschiedliche Betrachtungsweisen* anzutreffen sind:

— Handelsbrauch in bezug auf eine bestimmte Art und Weise der Willenseinigung bedeutet eine von den beteiligten Kreisen bei Geschäften, die sachlich und räumlich dem streitigen Geschäft entsprechen, allgemein und kontinuierlich verfolgte und regelmäßig beachtete tatsächliche Übung, die den Schluß zuläßt, daß das betreffende Verhalten eine Einigung (bzw. Zustimmung der betroffenen Partei) enthält. Artikel 17 verleiht dieser Übung ihre rechtliche Wirksamkeit [93]. Von diesem Standpunkt aus muß das Bestehen eines einschlägigen Handelsbrauchs *bewiesen* werden [94].

— Artikel 17 erkennt an, daß Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben im internationalen Handel kraft Handelsbrauchs eine Einigung über die mit dem Schreiben eingeführte Gerichtsstandsklausel begründet (jedenfalls wenn dieser Brauch den Parteien bekannt ist oder als bekannt angesehen werden muß). Ein solcher Brauch bedarf keines gesonderten Nachweises. [95]

91 — So zutreffend Kohler, *Diritto del Commercio Internazionale*, 1990, S. 611, 622.

92 — Siehe oben Fußnote 82 und dazugehörigen Text.

93 — Vgl. insbesondere, mit ausführlicher Begründung, Stöve, *Gerichtsstandsvereinbarungen nach Handelsbrauch, Art. 17 EuGVÜ und § 38 ZPO*, Heidelberg 1993, S. 20 bis 23 und 56 f.; in demselben Sinne: Geimer/Schütze a. a. O. (Fußnote 13), S. 478; Schütze, *Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht*, Berlin, 1985, S. 56; Gothot-Holleaux (Fußnote 61), Randnr. 175; wohl auch Kaye, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abingdon, 1987, S. 1062 f.

94 — Huet, *Journal du droit international* 1990, S. 153, 159.

95 — So insbesondere Schmidt, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1992, S. 173, 177.

— Ein Handelsbrauch in bezug auf eine bestimmte Art und Weise der Einigung liegt vor, wenn von (einer) zu bestimmenden Rechtsordnung(en) anerkannt wird, daß das Verhalten der Parteien kraft Handelsbrauchs eine Einigung (bzw. Zustimmung) darstellt. Das Kriterium an Hand dessen diese Rechtsordnung(en) bestimmt wird (werden), ist durch Auslegung des Artikels 17 festzulegen [96].

100. Ich möchte Ihnen vorschlagen, sich die *zuerst genannte* Betrachtungsweise zu eigen zu machen, und zwar aus den folgenden Gründen.

101. Die Schlußfolgerung der zweiten vorgenannten Ansicht, das Übereinkommen erkenne selbst einen Handelsbrauch im Zusammenhang mit der Praxis des kaufmännischen Bestätigungsschreibens an, ist sicherlich nicht gerechtfertigt. Dem Schlosser-Bericht läßt sich zwar entnehmen, daß der Fall Segoura, der diese Praxis betraf, den *Anlaß* für die Reform des Artikels 17 gebildet hat. Doch läßt sich nicht bestimmen, was der genaue Inhalt des angeblich anerkannten Handelsbrauchs sein soll. Hierzu genügt die Feststellung, daß in den Vertragsstaaten des Übereinkommens durchaus unterschiedliche Vorstellungen im Hinblick auf die rechtliche Bedeutung der genannten Praxis bestehen [97] und daß auch Unterschiede je nach Handelszweig nicht ausgeschlossen sind.

102. Die dritte vorhin genannte Auffassung, die Artikel 17 den Charakter einer Kollisionsnorm bzw. einer Verweisung auf innerstaatliches Kollisionsrecht geben würde, knüpft genau an diese Überlegung an. Dieser Auffassung ist einzuräumen, daß es schwierig sein kann, Handelsbräuche in bezug auf internationale Austausche (außer in Sparten, die schon ihrer Natur nach international angelegt sind) konkret festzustellen. Dieser Umstand liefert jedoch kein Argument für die Auslegung des Artikels 17 im Sinne dieser Auffassung.

103. Erstens ergibt sich nämlich aus dem Aufbau der hier in Rede stehenden Vorschrift, namentlich in ihrer englischen und französischen Fassung, daß sich die einschlägigen Handelsbräuche auf den „internationalen Handel" beziehen müssen. In der deutschen Fassung ist, wenn auch etwas mißverständlich, von „internationalen Handelsbräuchen" die Rede. Würde man über das Kollisionsrecht lokale Bräuche in Artikel 17 einführen, die sich in dem betroffenen Bereich internationaler Geschäfte noch nicht nachweisbar durchsetzen konnten, so könnte dies die Einbeziehung von Gerichtsstandsklauseln über das mit der Reform angestrebte Maß hinaus erleichtern. Insoweit ist auch auf die Fassungen von Lugano und San

96 — Jung, *Vereinbarungen über die Internationale Zuständigkeit nach dem EWG-Gerichtstands-und Vollstreckungsübereinkommen und nach § 38 Abs.2 ZPO*, Bochum, 1980, S. 172 ff.; Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, *AGB-Gesetz, Kommentar*, 2. Auflage, München 1989, Anhang zu § 2, Randnrn. 90 und 92; Rauscher, *Zeitschrift für Zivilprozeß 104* (1991), S. 272, 292 ff.; idem, *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 1992, S. 143, 145; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Gesetz, Kommentar*, 5. Auflage Köln, 1987, Anhang zu § 2, Randnr. 33; wohl auch Hausmann in Reithmann/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 4. Auflage, Köln, 1988, Randnr. 1203.

97 — Vgl. die ausführliche Darstellung bei Stöve (Fußnote 93), S. 129 ff.

Sebastian hinzuweisen [98], die zusätzlich zu den Voraussetzungen der Fassung von 1978 verlangen, daß den betreffenden Handelsbrauch „Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig allgemein kennen und regelmäßig beachten". Der Bericht von Jenard/Möller [99] zu dem Übereinkommen von Lugano meint zu dieser Neufassung, daß es „[insbesondere] angesichts der Begriffe ‚internationale Handelsbräuche' und ‚usages', die in der deutschen bzw. französischen Fassung des Artikels 17 des Brüsseler Übereinkommens verwendet werden ..., keine größeren inhaltlichen Unterschiede zwischen den betreffenden Bestimmungen der beiden Übereinkommen geben [dürfte]". Ich hielte diesen Kommentar mit der Neufassung nur für schwer vereinbar, wenn Artikel 17 in der Fassung von 1978 den Charakter einer bloßen Kollisionsnorm oder Verweisung auf innerstaatliches Kollisionsrecht hätte.

104. Zweitens hat der Gerichtshof, wie gesagt, die Formerfordernisse der ersten beiden Fälle als Garantien einer tatsächlichen Willenseinigung angesehen und auf diesem Wege gewisse *autonome Anforderungen an die Willenseinigung selbst* aufgestellt. Er hat es insoweit vermieden, komplizierte und überaus umstrittene kollisionsrechtliche Probleme in diese Vorschrift hineinzutragen [100]. Es ist übrigens von Anfang an bedauert worden, daß wegen gewisser Vorfragen der Willenseinigung (namentlich Geschäftsfähigkeit und Stellvertretung) Artikel 17 nicht mit einer ausdrücklichen Kollisionsregel versehen worden ist [101]. Die Auslegung des dritten Falles von Artikel 17 sollte meines Erachtens auf dieser Linie bleiben und daher in demselben Maße wie die der anderen Fälle autonom erfolgen [102].

105. *c)* Die Anwendung der hier vorgeschlagenen Lösung auf den vorliegenden Fall gibt zu folgenden Überlegungen Anlaß.

106. *aa)* Zunächst kann festgehalten werden, daß die vom Bundesgerichtshof angegebene Rechtslage im Vereinigten Königreich als solche nicht entscheidend ist, ebensowenig wie die in Deutschland geltende Rechtslage: Artikel 17 ist keine Kollisionsregel. Auf die — beschränkte — Bedeutung, die die innerstaatlichen Rechte für den Nachweis des Handelsbrauchs und für die subjektiven Voraussetzungen des Artikels 17 haben können, komme ich gleich noch zurück.

107. *bb)* Sodann möchte ich für die Zwecke einer nützlichen Antwort auf die Frage des Bundesgerichtshofes die Bedeutung des hier vorgeschlagenen Kriteriums noch unter zwei Gesichtspunkten klarstellen. Der erste betrifft die im Hinblick auf die Merkmale des streitigen Geschäfts erforderliche Verbreitung des Handelsbrauchs. Damit bei sei-

98 — Siehe Fußnote 83.

99 — ABl. C 189 vom 28.7.1990, S. 57, 77 (Nr. 58 am Ende).

100 — Vgl. Roth, *Zeitschrift für Zivilprozeß 93*, 1980, S. 156 ff.

101 — Siehe Droz (Fußnote 61), S. 134 (Nr. 215).

102 — So auch O'Malley/Layton, *European civil practice*, London, 1989, Nrn. 21.37 und 21.70.

ner Anwendung die Zielsetzung des Artikels 17 gewahrt wird, können nur Übungen des Handelsverkehrs berücksichtigt werden, die räumlich und sachlich Geschäfte der streitigen Art betreffen [103]. Der mit dieser Vorschrift bezweckte Schutz vor unbemerkt eingeführten Gerichtsstandsklauseln wäre z. B. nicht zu erzielen, könnte in einem Fall wie dem vorliegenden auf Übungen im Automobilsektor oder im deutsch-französischen Handel abgestellt werden.

108. Der zweite Gesichtspunkt betrifft die Autorität, die der Handelsbrauch in dem betreffenden Sektor erworben haben muß. Für die Zwecke des Artikels 17 muß feststehen, daß der Brauch in den an dem betreffenden Handel beteiligten Kreisen regelmäßig beachtet wird. Nur unter dieser Voraussetzung, die auch, in Anlehnung an Artikel 9 Absatz 2 des Wiener Kaufrechtsübereinkommens [104], in die Fassungen von Lugano und San Sebastian eingegangen ist, entfaltet der Brauch jene faktische Wirkung, die es erlaubt, ihn über Artikel 17 auch rechtlich anzuerkennen. Was die Praxis des kaufmännischen Bestätigungsschreibens angeht, soweit sie auf die nachträgliche Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag abzielt, sind die Voraussetzungen des dritten Falles nur erfüllt, wenn die Akteure in dem betreffenden Handeszweig in dieser Weise eingeführte Bedingungen als verbindlich respektieren.

109. In Klammern möchte ich hier bemerken, daß derartige Voraussetzungen nach meinem Eindruck keineswegs bei allen Handelgeschäften erfüllt sind, die in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen. In Bereichen, die durch häufige Wiederholung identischer Vorgänge in einem im wesentlichen abgeschlossenen Kreis von Wirtschaftsteilnehmern geprägt sind, finden Bräuche einen fruchtbareren Boden als anderswo.

110. *cc)* Wie dem auch sei, die notwendigen Erhebungen über die Umstände, die nach dem so entwickelten Kriterium maßgeblich sind, hat der Tatsachenrichter — mit Unterstützung der internationalen Handelskammer oder einer bilateralen Handelskammer — vorzunehmen [105].

111. Im Rahmen der Würdigung der Umstände, die für und gegen das Vorliegen

103 — Anders anscheinend Kropholler, *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 4. Auflage, Heidelberg 1993, Randnr. 42 zu Artikel 17 des Übereinkommens: Es genügt im internationalen Handel das Bestehen eines Handelsbrauchs, ohne daß genau festgestellt werden müßte, in welchen Staaten dieser gilt. Ähnlich Kropholler/Pfeifer, *Festschrift für Heinrich Nagel*, Münster, 1988, S. 157, 163.

104 — Wiener UN-Übereinkommen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf.

105 — Für alle Fälle sei darauf hingewiesen, daß die Frage des Bundesgerichtshofes keine Probleme hinsichtlich der Üblichkeit der Einfügung einer Gerichtsstandsklausel in die mit dem Bestätigungsschreiben eingeführten Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder hinsichtlich der Üblichkeit des Klauselinhalts aufwirft. Das mag an der Art des streitigen Geschäfts und vielleicht auch daran liegen, daß die notwendigen Erhebungen vom Tatsachenrichter noch nicht vorgenommen worden sind. Insoweit wird das hier vorgeschlagene Kriterium vielleicht in einem späteren Verfahren zu präzisieren sein.

eines Handelsbrauchs sprechen, können im Einzelfall — mit aller gebotenen Vorsicht — auch die beteiligten innerstaatlichen Rechtsordnungen berücksichtigt werden. Die *Bildung* und das *Fortbestehen* von Bräuchen im internationalen Handel hängen nämlich neben anderen Faktoren davon ab, inwieweit diese Bräuche von den Gerichten der Mitgliedstaaten rechtlich anerkannt werden. So wird im Handel zwischen zwei Staaten, deren Gerichte der Praxis der kaufmännischen Bestätigungsschreiben keinerlei Bedeutung für eine eventuelle Einigung beimessen, kaum je ein entgegenstehender Brauch auftreten können. Umgekehrtes gilt, wenn die Gerichte dieser beiden Staaten zu einer solchen rechtlichen Anerkennung bereit sind. Beim derzeitigen Stand des Verfahrens mögen diese — zwangsläufig sehr allgemein gehaltenen — Hinweise genügen.

112. *dd)* All dies führt mich zu dem letzten in diesem Zusammenhang zu erörternden Problem. Wie wir gesehen haben, konnte nach der Übereinkommensfassung von 1968 die Einbeziehung von Gerichtsstandsklauseln nur in den Formen des ersten und des zweiten Falles von Artikel 17 erfolgen. Daher konnten sich im Anwendungsbereich dieser Vorschrift abweichende Bräuche betreffend die Einbeziehung von Vertragsbestimmungen, mögen solche Bräuche auch wegen der anderen zur Einbeziehung gestellten Regeln bestanden haben, nicht auf Gerichtsstandsvereinbarungen erstrecken. Artikel 17 in seiner alten Fassung entzog dem von vornherein den Boden [106]. Aus diesem Grunde müssen bei der Prüfung der Handelsbräuche die Wirkungen des Artikels 17 alter Fassung auf die Einbeziehung von Gerichtsstandsvereinbarungen ausgeklammert werden. Soll die Reform von 1978 praktische Wirksamkeit entfalten, so müssen die Bräuche betreffend die sonstigen Vertragsbestimmungen entscheidend sein. Der dritte Fall des Artikels 17 muß mit anderen Worten dahin verstanden werden, daß er den allgemeinen Bräuchen auf dem Gebiet der Gerichtsstandsklauseln jene rechtlichen Wirkungen geben soll, die ihnen die alte Fassung des Artikels versagte.

113. *3.* Kommen wir zu den subjektiven Voraussetzungen der fraglichen Vorschrift, mit denen verlangt wird, daß die betreffenden Handelsbräuche *„den Parteien bekannt sind oder ... ihnen als bekannt angesehen werden müssen"*.

114. Diese Voraussetzungen sollen verhindern, daß, welches immer die Bräuche innerhalb eines Geschäftszweigs sein mögen, Gerichtsstandsklauseln nicht gegenüber Personen wirken können, die die Bräuche und somit die von ihnen umfaßten Modi der Einbeziehung in den Vertrag nicht kannten und auch nicht kennen mußten.

115. Handelt es sich bei dem Kriterium der „Handelsbräuche" im wesentlichen um ein faktisches Kriterium, so muß dasselbe auch für die genannten subjektiven Voraussetzun-

106 — Siehe auch oben Nr. 98 und Fußnote 91.

gen gelten. Alle einschlägigen Umstände können somit berücksichtigt werden.

116. Bezogen auf den vorliegenden Fall wissen wir aus dem Vorlagebeschluß, daß der geltend gemachte Handelsbrauch, wonach Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben der vom Bundesgerichtshof beschriebenen Art als Einverständnis mit der Gerichtsstandsklausel anzusehen ist, dem Abnehmer nicht bekannt war. Dieser Umstand ist jedenfalls dann erheblich, wenn die betroffene Partei auch allgemein — unabhängig von dem Problem der Gerichtsstandsklauseln [107] — von dem angeblichen Handelsbrauch keine Kenntnis hatte.

117. Bei Beantwortung der Frage, ob ihr ein solcher Brauch *als bekannt angesehen werden mußte*, können zwei vom Bundesgerichtshof mitgeteilte Umstände berücksichtigt werden: der Umstand, daß am Sitz des Abnehmers der geltend gemachte Handelsbrauch nicht besteht und daß es sich um den ersten Geschäftskontakt zwischen den Parteien handelt. Was den ersten Punkt angeht, so geht aus den vom Bundesgerichtshof angegebenen Literaturstellen hervor, daß im Vereinigten Königreich ganz allgemein — also nicht nur speziell auf dem Gebiet der Gerichtsstandsvereinbarungen — Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, dem erstmals allgemeine Geschäftsbedingungen beigefügt sind, nicht als Einverständnis mit dem Inhalt dieser Bedinungen angesehen wird [108]. In einem solchen Fall kann der geltend gemachte Brauch dem Abnehmer nicht als bekannt angesehen werden, es sei denn, es würden andere Umstände (z. B. Geschäftskontakte mit anderen Wirtschaftsteilnehmern der Branche) behauptet und gegebenenfalls nachgewiesen, die die gegenteilige Hypothese hinreichend belegen. Auch diese Prüfung obliegt dem Tatsachenrichter.

118. *III.* Aus allen diesen Gründen ist auf den Teil a der zweiten Frage wie folgt zu antworten:

Unter den vom Bundesgerichtshof mitgeteilten Umständen kann eine Gerichtsstandsvereinbarung nach Artikel 17 Absatz 1 Satz 2, Fall 3, nur dann wirksam zustande kommen, wenn eine von den beteiligten Kreisen bei Geschäften, die sachlich und räumlich dem streitigen Geschäft entsprechen, allgemein und kontinuierlich verfolgte und regelmäßig beachtete Übung besteht, die den Schluß zuläßt, daß das Verhalten der Parteien eine Einigung über den Inhalt des Bestätigungs-

107 — Siehe oben Nr. 112.

108 — Vgl. z. B. Ebenroth, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 77, (1978), S. 161, 164 ff.

schreibens und der beigefügten allgemeinen Geschäftsbedingungen begründet.

Kommt es mangels Kenntnis einer Partei von einer derartigen Übung — unterstellt es gäbe sie — auf die Frage an, ob sie dieser Partei als bekannt angesehen werden muß, so ist diese Frage zu verneinen, wenn am Sitz dieser Partei keine solche Übung anzutreffen ist und es sich um den ersten Geschäftskontakt mit einer Partei handelt, die nach dieser Übung verfährt. Anders verhält es sich, wenn andere Umstände behauptet und gegebenenfalls nachgewiesen werden, die hinreichend belegen, daß der betreffenden Partei der Handelsbrauch als bekannt angesehen werden muß.

— *Zu Teil b der zweiten Frage*

119. Der Bundesgerichtshof hat diesen Teil der Frage für den Fall aufgeworfen, daß eine Gerichtsstandsklausel unter den in Teil a der Frage genannten Umständen wirksam zustande kommen kann. Sollte es im Hinblick auf die subjektiven Voraussetzungen der fraglichen Vorschrift an anderen als den im Vorlagebeschluß angegebenen Umständen fehlen, so wäre Teil a der Frage zu verneinen und auf ihren Teil b nicht mehr einzugehen. Ich hielte es für legitim, wenn es der Gerichtshof, sollte er meiner Ansicht folgen, bei der Beantwortung von Teil a bewenden ließe.

120. Wie dem auch sei, die mit dem vorliegenden Teil der Frage problematisierte Regelung des „Sprachrisikos“ [109] scheint mir nicht besonders kompliziert zu sein.

121. Dazu ist vorab auf das Urteil Elefanten Schuh [110] zu verweisen, wonach innerstaatliche Vorschriften, die im Privatrechtsverkehr den Gebrauch einer bestimmten Sprache vorschreiben, im Anwendungsbereich des Artikels 17 außer Betracht zu bleiben haben. Dasselbe muß aber auch für die von der Rechtsprechung eines Vertragsstaates entwickelten Regelung über das „Sprachrisiko“ gelten, da sich diese, gleich den vorgenannten Bestimmungen, auf die Anforderungen an die Art und Weise der Vereinbarung (Form und materielle Voraussetzungen) auswirken [111].

109 — Vgl. S. 20 des Vorlagebeschlusses unter 3.

110 — Urteil vom 24. Juni 1981 in der Rechtssache 150/80 (Elefanten Schuh/Jacqmain, Slg. 1981, 1671).

111 — Kohler, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1991, S. 299, 300 (Fußnote 7).

122. Der Bundesgerichtshof fragt vor diesem Hintergrund nach der wirksamen Vereinbarung der Gerichtsstandsklausel und gibt uns hierzu folgende Tatsachen an:

— Die dem Bestätigungsschreiben beigefügten allgemeinen Geschäftsbedingungen sind in einer anderen als der Vertrags- und Verhandlungssprache abgefaßt;

— der Abnehmer kennt diese Sprache nicht;

— das in der Verhandlungs- und Vertragssprache abgefaßte Bestätigungsschreiben verweist global auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nicht jedoch speziell auf die Gerichtsstandsklausel.

123. Außerdem wissen wir, daß es sich um den ersten Geschäftskontakt zwischen den Parteien handelt.

124. Unter solchen Umständen — namentlich mangels eines besonderen Hinweises auf die Gerichtsstandsklausel in der Vertrags- und Verhandlungssprache — kann man im allgemeinen nicht behaupten, daß die betroffene Partei von der Gerichtsstandsklausel in angemessener Weise Kenntnis nehmen konnte. Es würde daher schon an der Grundvoraussetzung einer tatsächlichen Einigung fehlen. In diesem Falle könnte bei Anwendung des dritten Falles von Artikel 17 eine Gerichtsstandsvereinbarung nur zustande kommen, wenn der geltende Handelsbrauch selbst ein Abweichen von der Vertrags- und Verhandlungssprache erlaubte. In diesem Sinne sollte die Frage zu 2 b beantwortet werden.

Zur dritten Vorlagefrage

125. Der Vollständigkeit halber sei noch kurz auf das mit dieser Frage aufgeworfene Problem eingegangen, ob im Falle einer nach Artikel 17 wirksam vereinbarten Gerichtsstandsklausel „zusätzlich nach nationalem materiellen Recht, das nach den Kollisionsnormen des mit dem Rechtsstreit befaßten Gerichts anwendbar ist, zu prüfen [ist], ob die Gerichtsstandsklausel wirksam in den Vertrag einbezogen worden ist".

126. In dem Kontext, in dem sie gestellt ist, ist diese Frage zu verneinen. Artikel 17 soll in seinem Anwendungsbereich autonomes und damit einheitliches Recht schaffen [112]. Er definiert abschließend die Anforderungen an die materielle Willenseinigung sowie an die Formen, die zur Wahrung dieses Standards erforderlich sind. Innerstaatliche Vorschriften mit derselben Funktion können daher daneben keinen Raum beanspruchen. In diesem Sinne ist auf die dritte Frage zu antworten.

C — Schlußantrag

127. Aus den dargelegten Gründen schlage ich vor, dem Bundesgerichtshof wie folgt zu antworten.

Auf die erste Frage (Buchstaben a und b):

1) Wird ein Abnehmer aus einem Werklieferungsvertrag, der dem einheitlichen Kaufgesetz unterliegt, auf Zahlung des Werklohns in Anspruch genommen und ist auf diese Zahlung nach materiellem Recht Artikel 59 Absatz 1 erster Halbsatz des Einheitlichen Kaufgesetzes anwendbar, so ist Erfüllungsort im Sinne des Artikels 5 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens der in dem Vertrag vereinbarte Bestimmungsort der Lieferung, unabhängig davon, welche der Parteien das Risiko der Übermittlung der Waren zu diesem Ort zu tragen hat.

Auf die weiteren Fragen, jeweils soweit erforderlich:

2) a) Unter den vom Bundesgerichtshof mitgeteilten Umständen kann eine Gerichtsstandsvereinbarung nach Artikel 17 Absatz 1 Satz 2, Fall 3, nur dann wirksam zustande kommen, wenn eine von den beteiligten Kreisen bei Geschäften, die sachlich und räumlich dem streitigen Geschäft entsprechen, allgemein und kontinuierlich verfolgte und regelmäßig beachtete

112 — Siehe die Urteile Estatis Salotti (Fußnote 88) und Segoura (Fußnote 77). Siehe auch oben Nr. 104.

Übung besteht, die den Schluß zuläßt, daß das Verhalten der Parteien eine Einigung über den Inhalt des Bestätigungsschreibens und der beigefügten allgemeinen Geschäftsbedingungen begründet.

Kommt es mangels Kenntnis einer Partei von einer derartigen Übung — unterstellt es gäbe sie — für die Entscheidung des Rechtsstreits auf die Frage an, ob sie dieser Partei als bekannt angesehen werden muß, so ist diese Frage zu verneinen, wenn an ihrem Sitz keine solche Übung anzutreffen ist und es sich um den ersten Geschäftskontakt mit einer Partei handelt, die nach dieser Übung verfährt. Anders verhält es sich, wenn andere Umstände behauptet und gegebenenfalls nachgewiesen werden, die hinreichend belegen, daß der betreffenden Partei der Handelsbrauch als bekannt angesehen werden muß.

b) Eine Gerichtsstandsklausel kann im Wege des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben nach der vorgenannten Betimmung nicht wirksam vereinbart werden, wenn die dem Bestätigungsschreiben beigefügten, die Gerichtsstandsklausel enthaltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einer anderen als der Verhandlungs-und Vertragssprache abgefaßt sind, der Adressat des Schreibens diese Sprache nicht kennt, kein spezifischer Hinweis auf die Klausel in der Verhandlungs- und Vertragssprache erfolgt und es sich um den ersten Geschäftskontakt zwischen den Parteien handelt. Anders verhielte es sich nur, wenn der geltende Handelsbrauch selbst ein Abweichen von der Vertrags- und Verhandlungssprache erlaubte.

3) Innerstaatliche Vorschriften, die die wirksame Einbeziehung von Bestimmungen, insbesondere solchen in Allgemeinen Geschäftsbedinungen, in den Vertrag unter dem Aspekt der tatsächlichen Willenseinigung und deren Form regeln, sind neben Artikel 17 des Brüsseler Übereinkommens nicht anwendbar. Daher dürfen derartige Regeln des nationalen materiellen Rechts, das nach den Kollisionsnormen des mit dem Rechtsstreit befaßten Gerichts anwendbar ist, nicht herangezogen werden, um zu prüfen, ob eine dem Artikel 17 genügende Gerichtsstandsklausel wirksam in den Vertrag einbezogen worden ist.