SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 16. März 1999 *

„‚Kind, Kind', fiel hier Don Quijote mit lauter Stimme ein, ‚verfolge deine Geschichte in gerader Linie und laß dich nicht auf Quersprünge ein'" [1].

I — Einführung

1. In der vorliegenden Rechtssache stellt sich die Frage, ob es angebracht ist, daß der Gerichtshof unter Aufgabe seiner hergebrachten Rechtsprechung den Begriff des „Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre" in Artikel 5 Nummer 1 des Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen durch den Gerichtshof (im folgenden: Brüsseler Übereinkommen, oder einfach: Übereinkommen) autonom auslegt [2].

2. Vor jetzt mehr als zwanzig Jahren verpflichtete der Gerichtshof in dem Urteil Tessili [3], bestätigt im Urteil Custom Made Commercial [4], das Gericht, bei dem eine auf Vertragsrecht beruhende Klage erhoben worden ist, zunächst zu ermitteln, welches Recht auf ein Rechtsgeschäft anwendbar ist, und sodann, entsprechend diesem Recht den Erfüllungsort zu bestimmen. Die Tessili-Methode, deren konfliktrechtliche Lösung dem Geist des Übereinkommens wie auch der übrigen einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofes zuwiderläuft, ist unbefriedigend. Sie wurde von der Lehre größtenteils heftig kritisiert, und sie wird von den Gerichten in ungleicher und häufig unvollkommener Weise angewandt. Aus allen diesen Gründen wird auf den Tagungen, die beim Rat im Hinblick auf die Revision des Brüsseler Übereinkommens stattfinden, erörtert, ob Artikel 5 Nummer 1 zu ändern oder vollständig aufzuheben ist.

3. Mit dem Brüsseler Übereinkommen soll vor allem der gewöhnlich sogenannte „freier Verkehr der gerichtlichen Entscheidungen" erleichtert werden. Im Bereich der gerichtlichen Zuständigkeit geht es darum, einheitliche und einfache Kriterien für den gesamten europäischen Raum festzulegen, so daß der Prozeß der Vereinheitlichung sich auch im Bereich der Rechtspflege niederschlägt. Daher ist es meines Erachtens paradox, daß ein Gebiet, das grundlegend praktische und einfache Antworten verlangt, die es den europäischen Richtern — vor allem im ersten Rechtszug — ermöglichen, rasch zu erkennen, ob sie international zuständig sind, sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre hoch abstrakt ist, so, daß die Probleme, vor die sich die üblicherweise im Rechtsverkehr Handelnden gestellt sehen, in Vergessenheit gerieten.

4. Ich glaube nicht, daß es im Bereich der internationalen Zuständigkeit wie im Be-

* Originalsprache: Spanisch.

1 — M. de Cervantes y Saavedra: Der sinnreiche Junker Don Quijote de la Mancha, Zweites Buch, Kapitel 26, zitiert nach der Übersetzung von Ludwig Bornfels, Winckler Verlag, München, 1961, S. 746 f.

2 — In der hier interessierenden konsolidierten Fassung veröffentlicht in Abl. 1990, C 189, S. 2.

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

4 — Urteil vom 29. Juni 1994 in der Rechtssache C-288/92 (Custom Made Commercial, Slg. 1994, I-2913).

reich der internen Zuständigkeit besondere Gründe gibt, die für diese abstrakte Sichtweise sprechen: Vorrangig geht es nicht darum, bei der Auslegung eine dogmatisch perfekte Lösung zu finden, sondern darum, den Richtern und den Rechtsbürgern praktikable Kriterien an die Hand zu geben.

II — Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

5. Der streitige Sachverhalt, wie er sich aus dem Vorlagebeschluß und den diesem beigefügten Akten ergibt, läßt sich wie folgt zusammenfassen.

6. Zwei Container mit annähernd 1 000 Karton Wein in Flaschen wurden in Le Havre (Frankreich) an Bord des Schiffes „Suhadiwarno Panja" zum Zweck ihrer Beförderung mit Konnossement zum Hafen Santos (Brasilien) gebracht. Beförderer war das deutsche Unternehmen Pro Line Limited and Co. mit Gesellschaftssitz in Hamburg. Nachdem im Bestimmungshafen festgestellt worden war, daß einige Waren fehlten und andere Beschädigungen aufwiesen, entschädigten neun Frachtversicherer (im folgenden: Versicherer), zu denen als federführender Versicherer die GIE Groupe Concorde gehörte, den Empfänger mit insgesamt 666 279 FRF. In dessen Rechte eingetreten, erhoben die Versicherer beim Tribunal de commerce de terre et de mer Le Havre mit Klageschrift vom 22. September 1991 Schadensersatzklage gegen den Kapitän und die Reederei des Schiffes, das Transportunternehmen Pro Line, und gegen den schwedischen Haftpflichtversicherer des Schiffes.

7. Pro Line und der schwedische Versicherer machten jeweils Klauseln geltend, mit denen den Gerichten von Hamburg bzw. Göteborg die ausschließliche Zuständigkeit übertragen worden sei. Das Tribunal de commerce folgte diesen Einreden und erklärte sich mit Beschluß vom 3. Januar 1995 für unzuständig. Auf Betreiben der Versicherer entstand daraufhin ein Zwischenstreit, der sich auf die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit beschränkte (Contredit). Im Laufe dieses Verfahrens bestätigte die Cour d'appel Rouen mit Urteil vom 24. Mai 1995 den angefochtenen Beschluß, änderte jedoch seine Begründung. Nach Ansicht der Cour d'appel waren zwar die Gerichtsstandsklauseln unwirksam, da sie nicht den Anforderungen des Artikels 17 des Übereinkommens entsprochen hätten, doch lehnte sie die internationale Zuständigkeit der französischen Gerichte gemäß Artikel 5 Nummer 1 des Übereinkommens ab. Nach dieser Bestimmung ist nämlich für Klagen, bei denen ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand eines Verfahrens bilden — neben dem allgemeinen Gerichtsstand des Wohnorts des Beklagten — das Gericht des Erfüllungsortes der fraglichen Verpflichtung zuständig, der — nach Ansicht des französischen Gerichts — eben der brasilianische Hafen Santos gewesen sei.

8. Gegen diese Entscheidung legten die Versicherer Kassationsbeschwerde ein, mit der sie u. a. einen Verstoß gegen Artikel 5

Nummer 1 des Brüsseler Übereinkommens in seiner Auslegung durch den Gerichtshof seit dessen Urteil vom 6. Oktober 1976, Tessili, rügten.

9. Die Kammer für Handels-, Finanz- und Wirtschaftssachen der Cour de cassation bestätigte das Fehlen der Zuständigkeit der französischen Gerichte für die Entscheidung über die Klage, soweit sie sich gegen den Kapitän des Schiffes richtete. Dagegen rufe die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Klage gegen das Beförderungsunternehmen eine ernsthafte Schwierigkeit bei der Auslegung des Brüsseler Übereinkommens hervor, weshalb die Cour de cassation gemäß Artikel 1 des Protokolls vom 3. Juni 1971 betreffend die Auslegung des Brüsseler Übereinkommens durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hat:

Ist zur Anwendung des Artikels 5 Nummer 1 des Brüsseler Übereinkommens der Ort, an dem die Verpflichtung im Sinne dieser Vorschrift erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre, nach dem Recht zu bestimmen, das nach den Kollisionsnormen des mit dem Rechtsstreit befaßten Gerichts für die streitige Verpflichtung maßgebend ist, oder haben die nationalen Gerichte den Erfüllungsort der Verpflichtung nicht vielmehr so zu ermitteln, daß sie nach Maßgabe der Art des Schuldverhältnisses und der Umstände des Einzelfalls den Ort bestimmen, an dem die Leistung tatsächlich erbracht worden ist oder werden sollte, ohne daß sie sich auf das Recht beziehen müssen, das nach den Kollisionsnormen des angerufenen Gerichts für die streitige Verpflichtung maßgebend ist?

III — Die anwendbaren Bestimmungen des Brüsseler Übereinkommens

10. Das Brüsseler Übereinkommen regelt in Artikel 2 Absatz 1 einen allgemeinen Gerichtsstand; diese Bestimmung lautet:

„Vorbehaltlich der Vorschriften dieses Übereinkommens sind Personen, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Staates zu verklagen."

11. Im Rahmen der besonderen Zuständigkeiten heißt es, soweit im vorliegenden Fall erheblich, in Artikel 5 Nummer 1:

„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 ..."

Diese Bestimmung schafft somit eine Zuständigkeit mit Ausnahmecharakter, auf-

grund deren der Kläger, wenn ihr Tatbestand erfüllt ist, zwischen zwei Gerichtsständen wählen kann: dem Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten und dem Ort der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung, so daß der Fall einer konkurrierenden oder Wahlzuständigkeit eintritt.

IV — Kurze Zusammenfassung der Rechtsprechung

12. Nur der Erinnerung halber möchte ich kurz die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Artikel 5 Nummer 1 des Übereinkommens zusammenfassen, soweit sie im vorliegenden Fall erheblich ist.

13. In der bereits erwähnten Rechtssache Tessili erging das erste einschlägige Urteil. Der Gerichtshof hat damals entschieden, daß sich der Ort der Erfüllung der Verpflichtung des Verkäufers im Zusammenhang mit der Haftung wegen verdeckter Mängel der Ware nach dem Recht richtet, das nach den Kollisionsnormen des Gerichts, bei dem die Klage erhoben worden ist, für den Kaufvertrag gilt.

In einem anderen Urteil vom selben Tag in der Rechtssache De Bloos [5] hat der Gerichtshof in bezug auf die alte Fassung des Artikels 5 entschieden, daß maßgebend die Verpflichtung ist, die den Gegenstand der Klage bildet [6].

14. Der Gerichtshof hat von der allgemeinen Regel im Urteil Tessili nur eine Ausnahme zugelassen. Ich meine die Verpflichtungen aus einem Arbeitsvertrag. In seinem Urteil Ivenel [7] hat der Gerichtshof entschieden, daß von allen aus einem Arbeitsvertrag entstandenen Verpflichtungen für die Zwecke von Artikel 5 Absatz 1 nur diejenige als maßgeblich anzusehen sei, die für den Vertrag „charakteristisch" ist. Diese Verpflichtung ist in der Praxis an dem Ort zu erfüllen, an dem der Arbeitnehmer seine Arbeit verrichtet [8]. Der Gerichtshof hat es abgelehnt, diese Auslegung auf andere Fälle zu erstrecken [9].

15. In seinem Urteil Custom Made hat es der Gerichtshof entgegen den Schlußanträgen des Generalanwalts Lenz, der ihn aufgefordert hatte, die Zuständigkeit des Gerichts des Ortes anzunehmen, der die engste Verknüpfung zu dem Rechtsstreit aufweise, an seiner traditionellen Methode festgehalten: Das Gericht habe den Erfüllungsort auch dann nach dem für die betreffende

5 — Urteil vom 6. Oktober 1976 in der Rechtssache 14/76 (De Bloos, Slg. 1976, 1497).

6 — Diese Entscheidung führte zur Änderung bestimmter Sprachfassungen des Brüsseler Übereinkommens beim Beitritt Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs, die seither die Formulierung des Gerichtshofes übernommen haben. Persönlich bin ich der Ansicht, daß es vorzuziehen gewesen wäre und mit der allgemeinen Systematik des Artikels 5 des Übereinkommens eher übereingestimmt hätte, wenn für die Definition des Ortes der Erfüllung einer bestimmten Verpflichtung nur die Verpflichtung berücksichtigt worden wäre, die das Rechtsgeschäft kennzeichnet, oder, besser gesagt, wenn man für diese Zwecke die „nichtcharakteristische" Verpflichtung, im allgemeinen die Verpflichtung zur Zahlung eines Preises, unberücksichtigt gelassen hätte.

7 — Urteil vom 26. Mai 1982 in der Rechtssache 133/81 (Ivenel, Slg. 1982, 1891).

8 — Auch diese „Berichtigung durch die Rechtsprechung" wurde, dieses Mal anläßlich des Beitrittsübereinkommens von 1989, in das Brüsseler Übereinkommen aufgenommen.

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

Verpflichtung geltenden Recht zu bestimmen, wenn dieses Recht das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen von 1964 übernommen habe.

V — Die Erklärungen der Verfahrensbeteiligten

a) *Das Vorbringen der Parteien des Ausgangsverfahrens*

16. Der Prozeßbevollmächtigte der GIE Groupe Concorde und der anderen Kläger macht geltend, die Cour de cassation fordere den Gerichtshof mit der vorgelegten Frage auf, unter Aufgabe seiner ständigen Rechtsprechung den Begriff „Erfüllungsort der Verpflichtung" autonom auszulegen. Da nichts für eine solche neue Ausrichtung der Rechtsprechung spreche, sei der Ort der Erfüllung der Verpflichtungen aus einem Vertrag weiterhin nach dem materiellen Recht zu bestimmen, das gemäß den Kollisionsnormen des Gerichts, das den Rechtsstreit entscheide, anwendbar sei.

17. Die Beklagten Pro Line und der Versicherer des Schiffes kommen in ihren Erklärungen zum gleichen Ergebnis, heben jedoch zunächst die großen Unterschiede, die europäischen Rechtsordnungen in bezug auf die Bestimmung des Erfüllungsortes einer vertraglichen Verpflichtung aufwiesen, und deren Folgen für die wünschenswerte Vorhersehbarkeit des im Vertragsbereich zuständigen Gerichts hervor.

b) *Die Erklärungen der am Verfahren beteiligten Regierungen*

18. Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland tritt für die autonome Auslegung des „Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre", ein. Unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Arten von Verträgen sei der Erfüllungsort nach Maßgabe des jeweiligen Vertragstypus zu bestimmen. Daneben müsse zum Zweck der Wahrung des Zuständigkeitsgleichgewichts zwischen den Vertragsparteien der Ort der Erfüllung eines Vertrages im Einzelfall nach Maßgabe der konkreten Leistung bestimmt werden.

So müsse bei einem Vertrag über entgeltliche Eigentumsverschaffung oder Gebrauchsüberlassung als Erfüllungsort der Ort gelten, wo die unbewegliche Sache belegen sei oder wo sich der vereinbarungsgemäße Standort der beweglichen Sache befinde.

Bei einem Vertrag über entgeltliche Tätigkeiten mit Ausnahme des Arbeitsvertrags könne als Erfüllungsort derjenige Ort ge-

wählt werden, an dem die Tätigkeit in ihrem Schwerpunkt vereinbarungsgemäß verrichtet werden müsse, wenn die Handlungspflicht und die Wirksamkeit des Vertrages den Gegenstand des Verfahrens bildeten.

Habe das Verfahren hingegen die Zahlungspflicht des Geldschuldners zum Gegenstand, so könne der Erfüllungsort der Gerichtsstand des Beklagten im Zeitpunkt der Klageerhebung sein.

19. Die Regierung des Vereinigten Königreichs gibt ebenfalls der autonomen Auslegung des Begriffes „Erfüllungsort" den Vorzug. Diese Lösung führe zu einer größeren Rechtssicherheit und einer gerechteren und einheitlicheren Anwendung der Rechte und Pflichten aus dem Übereinkommen und verringere daneben im Einklang mit den Zielen dieser Regelung die Möglichkeiten des „Gerichtsnomadentums" („Forum shopping") [10].

Die konkrete Anwendung einer solchen Auslegung sei nach Maßgabe des Einzelfalls vorzunehmen. Im vorliegenden Fall, bei dem es um eine Klage wegen der Auslieferung mangelhafter Waren im Rahmen eines Beförderungsvertrags gehe, sei als Erfüllungsort der Verpflichtung der Ort zu betrachten, an dem die Übernahme der Waren vereinbart worden sei.

20. Die Regierung der Französischen Republik führt aus, es habe sich gezeigt, daß manche nationalen Gerichte Schwierigkeiten bei der Anwendung der Tessili-Rechtsprechung hätten, was zu einem gewissen Mangel an Vorhersehbarkeit in bezug auf die Zuständigkeit für Streitigkeiten auf vertraglicher Grundlage geführt habe. Da jedoch die Vertragspflichten einer einheitlichen Regelung unterlägen, wäre die Bestimmung des Erfüllungsortes nach Maßgabe der jeweiligen Pflicht eine Quelle der Unvorhersehbarkeit und folglich der Rechtsunsicherheit. Daher sei es nicht wünschenswert, die von der Cour de cassation mittelbar vorgeschlagene Lösung einer autonomen Auslegung des Erfüllungsortes zu übernehmen.

21. Die Regierung der Italienischen Republik führt aus, daß Artikel 5 Nummer 1 des Brüsseler Übereinkommens zu unterschiedlichen Auslegungen geführt habe, weshalb jetzt geprüft werde, ob diese durch die Einführung eines einheitlichen Anknüpfungspunkts zu ändern seien. Es dürfte jedoch nicht der geeignete Zeitpunkt für die Aufgabe der Tessili-Rechtsprechung sein. Gegenwärtig genüge die Einführung des Vorbehaltes, daß in Fällen, in denen nach Artikel 5 Nummer 1 die örtliche Zuständigkeit am Sitz des Klägers gegeben sei,

10 — Wahl eines Gerichtsstands je nach den Vorteilen, die sich aus dem dort angewandten materiellen (oder auch Verfahrens-)Recht ableiten lassen.

diese mit dem Gerichtsstand des Erfüllungsortes der Verpflichtung, der von dem den Rechtsstreit entscheidenden Gericht autonom und einheitlich auszulegen sei, übereinstimmen müsse.

c) *Die Erklärungen der Kommission*

22. Nach Ansicht der Kommission war die vom Gerichtshof im Urteil Tessili gewählte Lösung von Anfang an zeitbedingt, da es seinerzeit unmöglich gewesen sei, zu einer gemeinschaftsrechtlichen Auslegung zu gelangen, die einheitliche Anwendung von Artikel 5 Nummer 1 des Brüsseler Übereinkommens gewährleistet hätte. Diese Lösung bereite sowohl theoretische als auch praktische Schwierigkeiten. Das erkennende Gericht müsse zunächst nach seinen eigenen Kollisionsnormen feststellen, welches Recht auf die streitgegenständliche Verpflichtung anwendbar sei, und sodann den Gerichtsstand festlegen, welche örtliche Zuständigkeit nach diesem Recht gegeben sei. Dieser Mechanismus weiche von der allgemeinen Regel des internationalen Privatrechts ab, daß die Bestimmung des zuständigen Gerichts vom anwendbaren Recht unabhängig sei.

Die Kommission schlägt daher vor, den Begriff „Erfüllungsort" autonom auszulegen. Diese Lösung sei besonders bei Seetransportverträgen geboten, deren besondere Merkmale einer wirksamen Anwendung der Tessili-Rechtsprechung entgegenstünden. Die Kommission untersucht die bei der Bestimmung des Erfüllungsortes der Verpflichtung zur Auslieferung von unbeschädigten Waren im Rahmen eines internationalen Seetransportvertrags zur Verfügung stehenden Auslegungsmöglichkeiten und entscheidet sich für den „Ort, an dem die Waren ausgeliefert worden sind oder auszuliefern gewesen wären".

VI — Erörterung des Urteils Tessili

23. Die Frage, die französische Cour de cassation im Wege des Vorabentscheidungsersuchens stellt, erfordert eigentlich keine Plenarentscheidung. Es geht um die Auslegung von Artikel 5 Nummer 1 des Brüsseler Übereinkommens, nämlich darum, was unter „Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung" im Sinne dieser europäischen Verfahrensregelung zu verstehen ist. Genau diese Frage hat der Gerichtshof bereits 1976 in seinem ersten im Zusammenhang mit dem Brüsseler Übereinkommen ergangenen Urteil entschieden. Zur Feststellung seiner Zuständigkeit hat das Gericht, bei dem die Klage erhoben worden ist, „das auf das betreffende Rechtsverhältnis anwendbare Recht nach seinen Kollisionsnormen zu ermitteln und alsdann den Erfüllungsort der streitigen vertraglichen Verpflichtung nach diesem Recht zu bestimmen." [11] Diese Feststellung wurde vor kurzem mit gleichen Worten im Urteil Custom Made [12] auf ein Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs hin

11 — Urteil Tessili (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 13).

12 — Urteil Custom Made (zitiert in Fußnote 4, Randnr. 26).

wiederholt. Der Gerichtshof entscheidet seit mehr als zwanzig Jahren praktisch ausnahmslos nach dieser Linie [13].

24. Fest steht, daß die Rechtssache Custom Made ein neues Element gegenüber der Tessili-Rechtsprechung enthielt, da sich das auf die Beziehung anwendbare Recht nicht aus den Kollisionsnormen, sondern aus dem Haager Abkommen vom 1. Juli 1964 beigefügten Einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen ergab. Diese Verweisung gilt jedoch nicht für den vorliegenden Fall. Die Cour de cassation teilt keine Besonderheit des vorliegenden Falles mit, die eine andere Antwort des Gerichtshofes erfordern würde, als sie bereits im Zusammenhang mit den Rechtssachen Tessili und Custom Made gegeben worden ist. Auch kann — zumindest meines Erachtens — nicht festgestellt werden, daß sich die Umstände, die dem Urteil Custom Made zugrunde gelegen haben, erheblich geändert hätten. Bei der Vorlage der Frage nach der Auslegung von Artikel 5 Nummer 1 des Übereinkommens hat die Cour de cassation von der vom Gerichtshof im Zusammenhang mit Fragen nach Artikel 177 EG-Vertrag anerkannten Möglichkeit der nationalen Gerichte Gebrauch gemacht, dem Gerichtshof bereits entschiedene Fragen vorzulegen, wenn sie es für angebracht halten [14].

25. Das Brüsseler Übereinkommen stellt eine allgemeine Regel auf („actor sequitur forum rei"), die in praktisch allen Rechtsordnungen bekannt ist und nach der das Gericht des Wohnsitzes des Beklagten zuständig ist [15]. Neben diesem wirklich allgemeinen Gerichtsstand eröffnet das Übereinkommen weitere, besondere oder Wahlgerichtsstände einerseits und ausschließliche Gerichtsstände andererseits. Zu den erstgenannten gehört der im vorliegenden Fall erhebliche: Klage kann bei dem Gericht des Ortes erhoben werden, an dem „die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre". Ich werde später der Grund für diesen besonderen Gerichtsstand behandeln. Zunächst genügt die Feststellung, daß der Kläger, der einen Anspruch aus einer vertraglichen Verpflichtung gerichtlich geltend machen möchte, sich nach seiner Wahl an zumindest zwei Gerichte wenden kann: an das Gericht des Wohnsitzes des Beklagten und an das Gericht des Erfüllungsortes.

26. Der dem Anschein nach einfache Begriff *Erfüllungsort* erweist sich bald als Quelle vieler Fragen: Was ist unter „Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag" zu verstehen? Um welche Verpflichtung handelt es sich? Etwa um die Verpflichtung zur Auslieferung des Gegenstandes oder zur Erbringung der Leistung, oder die Verpflichtung zur Zahlung des Preises? Wie bestimmt sich der Erfüllungsort? Nach welchem Recht? Nach dem des Forums? Nach welchem anderen?

27. Der Gerichtshof hat alle diese Fragen bereits in seinem Urteil Tessili beantwortet.

13 — Die einzige Ausnahme betrifft die Erfüllung von Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag, die einem speziellen Kriterium des besonderen Schutzes des Arbeitnehmers entspricht, das durch eine angenommene Lücke des Übereinkommens gerechtfertigt war. Im übrigen wurde der erwähnte besondere Fall bei der Überarbeitung von 1989 in das Übereinkommen aufgenommen.

14 — Vgl. Urteil vom 27. März 1963 in den verbundenen Rechtssachen 28/62 bis 30/62 (Da Costa u. a., Slg. 1963, 63, insbes. S. 80 f.).

15 — Der Gerichtshof hat den allgemeinen Charakter dieses Grundsatzes in zahllosen Urteilen anerkannt. Vgl. z. B. Urteil vom 17. Juni 1992 in der Rechtssache C-26/91 (Handte, Slg. 1992, I-3967, Randnr. 14).

Erstens sind sowohl der Begriff „Verpflichtung" wie auch die Wendung „Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag" autonom auszulegen [16], d. h. unabhängig von den von den nationalen Rechtsordnungen verwendeten Begriffen. Sodann muß das Gericht feststellen, welche Verpflichtung der Klage zugrunde liegt, ermitteln, welches Recht auf diese Verpflichtung anwendbar ist, und zum Schluß festlegen, welcher Erfüllungsort nach diesem Recht festzulegen ist. Fällt dieser Ort in seinen eigenen Zuständigkeitsbereich, so ist es zuständig, andernfalls nicht.

28. Die Tessili-Lösung ist theoretisch unangreifbar. In einer idealen Welt mit eindeutigen Rechtsnormen und allwissenden Gerichten erlaubt sie vorhersehbare und einheitliche Lösungen, die gleichzeitig den Buchstaben — und vielleicht sogar den Geist — des Übereinkommens wahren. Die Praxis beschert jedoch mehr als eine unangenehme Überraschung. Die Tessili-Rechtsprechung zwingt das Gericht, nacheinander drei ziemlich schwierige rechtliche Aufgaben zu erfüllen. Erstens muß es unter Berücksichtigung aller verfügbaren Anhaltspunkte die vertragliche Verpflichtung einordnen oder charakterisieren, die der Klage zugrunde liegt. Zu diesem Zweck muß es feststellen, daß es sich tatsächlich um eine vertragliche Rechtsbeziehung handelt, und das Schuldverhältnis innerhalb der allgemein anerkannten Vertragstypen (Kauf-, Beförderungs-, Abtretungs-, Kreditverträge usw.) ermitteln. Diese erste Aufgabe, die vielleicht die einfachste ist, ist nicht immer frei von Schwierigkeiten. Wie sind beispielsweise die Beziehungen zwischen einem Verein und seinen Mitgliedern einzureihen? Oder welches sind die Grenzen des vertraglichen Schadenersatzanspruchs im Vergleich zum deliktischen? Auf alle Fälle wird es die Klagevoraussetzungen schon einmal vertieft behandeln müssen.

29. Dann muß das Gericht feststellen, ob der Typ der Rechtsbeziehung, über die es befindet, einer einheitlichen internationalen Regelung unterliegt, was durch die ständige Vermehrung der einschlägigen internationalen Übereinkünfte manchmal eher erschwert als vereinfacht wird. Ist dies nicht der Fall, muß es auf seine eigenen Normen des internationalen Privatrechts oder, seit dessen Inkrafttreten, auf das Übereinkommen von Rom vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht zurückgreifen, um herauszufinden, welches Recht anwendbar ist. Diese Aufgabe kann eine eingehendere Untersuchung der Begründetheit des Rechtsstreits erfordern. Jeder, der das Recht anwendet, kennt die Schwierigkeiten, die jeder Rückgriff auf die Kollisionsnormen einer Rechtsordnung mit sich bringt, und deren Umfang nur mit der Faszination vergleichbar ist, die ihre Untersuchung bei Hochschullehrern hervorruft.

30. Zum dritten muß das Gericht, sobald das anwendbare Recht gefunden ist, festlegen, welches nach diesem der Ort der Erfüllung der streitigen Art Verpflichtung ist. Da es keine einheitlichen einschlägigen Bestimmungen gibt, hat das Gericht sie entweder aus seinem eigenen oder aus einem fremden Recht herzuleiten. Die Schwierigkeiten, die der letztgenannte Fall mit sich bringt, können nach dem Ort des Gerichts wie auch nach dem anwendbaren Recht praktisch unüberwindbar sein. Zudem wird die Bestimmung des Erfüllungsortes einer bestimmten Art von Verpflichtungen da-

16 — Siehe weiter u. a. die Urteile vom 22. März 1983 in der Rechtssache 34/82 (Peters, Slg. 1983, 987, Randnrn. 9 und 10); vom 8. März 1988 in der Rechtssache 9/87 (Arcado, Slg. 1988, 1539, Randnrn. 10 und 11) und Handte (zitiert in Fußnote 15, Randnr. 10).

durch erschwert, daß die meisten Rechtsordnungen abstrakten Definitionen allgemein abgeneigt sind. Abgesehen vielleicht von Verpflichtungen zur Zahlung eines Geldbetrags pflegen sich die nationalen Rechtsordnungen mit einer allgemeinen Verweisung auf den stillschweigenden oder ausdrücklichen Parteiwillen zu begnügen. Dies zwingt das Gericht, die Sachprüfung noch zu vertiefen [17].

31. Alle diese Anstrengungen führen in den meisten Fällen dazu, die Zuständigkeit des Gerichts zu bestätigen, das über die Klage befindet, im schlimmsten Fall zur Ablehnung der Anwendung von Artikel 5 oder zur Feststellung der Zuständigkeit der Gerichte eines anderen Mitgliedstaats, die allerdings, sobald bei ihnen eine neue Klage anhängig geworden ist, die gleiche Prüfung ihrer Zuständigkeit vornehmen müssen.

32. Ich schlage vor, nunmehr im Hinblick auf den vorliegenden Fall die Schritte zu untersuchen, die ich soeben dargelegt habe.

VII — Die Anwendung der Tessili-Rechtsprechung auf die vorliegende Rechtssache

33. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens sind Versicherungsgesellschaften. Sie haben den Seetransport bestimmter Waren zwischen den Häfen Le Havre (Frankreich) und Santos (Brasilien) versichert. Bei der Ankunft im Bestimmungshafen wurde entdeckt, daß die versicherte Ware beschädigt war, weshalb die Versicherer dem Empfänger Schadensersatz geleistet haben. Die Versicherer, auf die dessen formellen und materiellen Rechte übergegangen sind, gingen gegen die für die Beförderung Verantwortlichen (den Kapitän des Schiffes, die Reederei, die Eigentümerin des Schiffes ist, das Beförderungsunternehmen und den Haftpflichtversicherer des Schiffes) vor und erhoben daher bei einem Gericht des ersten Rechtszugs in Le Havre die Klage, die dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegt.

34. Bei der Prüfung seiner eigenen Zuständigkeit mußte das Gericht in Le Havre in Anwendung der Tessili-Rechtsprechung mittels autonomer Auslegung feststellen, ob eine Klage aus einem Vertrag vorliegt. Diese Frage scheint unser Gericht nicht übermäßig beschäftigt zu haben. Es handelt sich zweifelsohne um eine Klage, die ihren Ursprung zumindest mittelbar in einem Seetransportvertrag hat. Dies ist jedoch tatsächlich nur im Hinblick auf die Klage gegen den Beförderer gewiß. Sehr wahrscheinlich ist die Schadensersatzklage gegen die übrigen Beklagten deliktischen Ursprungs. Im letzteren Fall [18] und in Anwendung der Rechtsprechung des Gerichtshofes mußte das Gericht in bezug auf diese Beklagten die Anwendung von Arti-

17 — Das steht in offenkundigem Widerspruch zu Sinn und Zweck des Übereinkommens, „die eine Auslegung seines Artikels 5 dahin gehend verlangen, daß das nationale Gericht über seine Zuständigkeit entscheiden kann, ohne in eine Sachprüfung eintreten zu müssen" (Urteil Custom Made, Randnr. 20).

18 — Den die Cour de cassation für die Ablehnung der Zuständigkeit der französischen Gerichte zumindest für den Kapitän des Schiffes berücksichtigen konnte (vgl. Nr. 9).

kel 5 Nummer 1 des Übereinkommens ablehnen, da es sich bei diesen Verpflichtungen nicht um „einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag" handelt [19].

35. Nach Feststellung des Vertragscharakters zumindest hinsichtlich eines Beklagten mußte das Gericht feststellen, welche konkrete Verpflichtung der Klage zugrunde liegt. Da, wie der Gerichtshof für Recht erkannt hat, in Fällen, in denen der Kläger Schadensersatz geltend macht, „die Verpflichtung im Sinne des Artikels 5 Nr. 1 weiterhin diejenige vertragliche Verpflichtung [ist], deren Nichterfüllung zur Begründung dieser Anträge behauptet wird", [20] ist es klar, daß die vom Gericht als maßgebend zu erachtende Verpflichtung diejenige ist, die übergebene Ware unbeschädigt zum Bestimmungshafen zu befördern.

36. Sodann muß das Gericht bestimmen, welches Recht anwendbar ist, und dazu, ebenfalls nach der Tessili-Rechtsprechung, seine eigenen Kollisionsnormen heranziehen. Die in den Kollisionsnormen enthaltenen Anknüpfungspunkte für Verträge und Ansprüche aus Verträgen sind außerordentlich vielfältig. Stellen wir uns — hypothetisch — vor, daß nacheinander das Recht, dem sich die Parteien unterworfen haben, das den Parteien gemeinsame nationale Recht, das Recht des Ortes des Vertragsschlusses und schließlich das Recht des Erfüllungsortes des Vertrages heranzuziehen waren. Da es keinen Anhaltspunkt für eine Rechtswahl der Parteien gibt, die offensichtlich nicht die gleiche Staatsangehörigkeit haben, und da ernsthafte Zweifel daran bestehen können, welches der Ort des Vertragsschlusses ist — da der Vertrag einen Beförderer und einen Empfänger von Waren durch die Aushändigung des Konnossementes an letzteren verbindet — wird sich der Richter höchstwahrscheinlich veranlaßt sehen, das auf den Vertrag anwendbare Recht nach Maßgabe... des Ortes seiner Erfüllung zu bestimmen!

37. Stellen wir uns weiter vor, daß das mit der Rechtssache befaßte Gericht unter Berufung auf den ausdrücklichen oder hypothetischen Willen der Parteien oder in Anwendung einer zwingenden oder subsidiären Rechtsvorschrift im Rahmen seiner kollisionsrechtlichen Prüfung [21] zu dem Ergebnis gelangt ist, daß das brasilianische Recht anwendbar ist. Es muß dann noch feststellen, welchen Ort dieses Recht als Ort der Erfüllung der Verpflichtung zum Seetransport bestimmt. Da es nicht wahrscheinlich ist, daß ein französisches Gericht des ersten Rechtszugs über ausreichende Kenntnisse des brasilianischen Rechts oder angemessene Mittel verfügt, Kenntnis von diesem Recht zu erlangen, wird es wahrscheinlich diese komplizierte Methode beiseite lassen und eine andere Lösung anwenden, die sich möglicherweise auf die Umstände des Einzelfalles bezieht.

38. Falls das französiche Gericht zufällig über die notwendigen Kenntnisse des brasilianischen Rechts verfügt, wird es höchstwahrscheinlich herausfinden, daß das Recht dieses Landes — wie jede andere Rechtsordnung — keine abstrakte Definition der Verträge oder vertraglichen Verpflichtungen gibt und die Festlegung der

19 — Urteil vom 27. Oktober 1998 in der Rechtssache C-51/97 (Réunion européenne u. a., Slg. 1998, I-6511, Randnr. 20).

20 — Urteil De Bloos (Randnr. 14).

21 — Wie beispielsweise eine nationale Bestimmung, die als Ort der Erfüllung einer Verpflichtung zum Seetransport den Verladehafen festlegt.

Einzelheiten des Vertrages dem Parteiwillen überläßt. Läßt sich aus den Anhaltspunkten, über die das Gericht verfügt, ableiten, daß nach dem Parteiwillen der Bestimmungshafen der Ware Erfüllungsort sein sollte, so wird es davon auszugehen haben, daß der Hafen Santos bestimmt wurde.

39. Nachdem als Ort der Vertragserfüllung ein Ort in Brasilien ermittelt ist, wird sich das französische Gericht für unzuständig erklären und sich gemäß Artikel 5 Nummer 1 des Übereinkommens jeder weiteren Entscheidung über die Klage enthalten. Die Schwierigkeit besteht darin, daß das Übereinkommen, soweit hier erheblich, in Artikel 5 Nummer 1 bestimmt: „Eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet *eines Vertragsstaats* hat, kann *in einem anderen Vertragsstaat* verklagt werden". Stellt nämlich das Gericht fest, daß die bei ihm erhobene Klage auf einer Verpflichtung beruht, die „außerhalb des Gebietes der Vertragsstaaten erfüllt worden ist und zu erfüllen wäre, so bleibt ihm nur der Schluß, daß der in Artikel 5 Nummer 1 des Übereinkommens vorgesehene Ort keine Zuständigkeit innerhalb der Gemeinschaft begründen kann; damit bleibt diese Bestimmung außer Anwendung" [22].

40. Zur Illustration: Wäre die Klage in Spanien erhoben worden, so hätte das Gericht das Recht angewandt, dem sich die Parteien des Rechtsgeschäfts ausdrücklich unterworfen hätten, sofern sie daran ein vernünftiges Interesse gehabt hätten, in Ermangelung dessen das den Parteien gemeinsame nationale Recht, in Ermangelung dessen das Recht des gemeinsamen ständigen Aufenthalts und letzten Endes das Recht des Ortes des Vertragsschlusses [23]. Die Anlagen im Vorlageurteil erlauben nicht die Feststellung des anwendbaren Rechts, doch wäre es für dessen Ermittlung höchstwahrscheinlich erforderlich, die Bedeutung von Begriffen wie „ständiger Aufenthalt", bei Gesellschaften und ihren Niederlassungen oder „Ort des Vertragsschlusses" im Falle von „Distanzgeschäften" zu klären.

41. Aus den Angaben, über die ich verfüge, glaube ich jedoch herleiten zu können, daß das französische Gericht für die Bestimmung der Lex causae auf das Übereinkommen von Rom vom 19. Juni 1990 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwende Recht zurückgreifen mußte. Denn dieses Übereinkommen trat für Frankreich am 1. April 1991 in Kraft; die Klage beim Gericht in Le Havre wurde am 22. September 1991 eingereicht (vgl. Nr. 6). Die Lösung wäre also etwas einfacher und zudem in allen Vertragsstaaten einheitlich, hätte jedoch nicht ohne weiteres die Gefahr voneinander abweichenden Auslegungen beseitigt. Nach Artikel 4 Absatz 1 dieses Übereinkommens unterliegt nämlich mangels Rechtswahl der Parteien der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Soweit hier erheblich, bestimmt Artikel 4 Absatz 4: „Bei diesen Verträgen [Güterbeförderungs-

22 — Urteil vom 15. Februar 1989 in der Rechtssache 32/88 (Six Constructions, Slg. 1989, 341, Randnr. 19).

23 — Artikel 10 Nr. 5 Absatz 1 des spanischen Código Civil. Man beachte die Schwierigkeit bei der Feststellung des Ortes des Abschlusses eines Vertrages, wenn Angebot und Annahme an unterschiedlichen Orten erfolgt sind. Im spanischen Recht wird diese Schwierigkeit — gemäß Artikel 1 262 letzter Gedankenstrich des Código Civil — durch die Vermutung gelöst, daß der Vertrag an dem Ort geschlossen wurde, an dem das Angebot abgegeben worden ist. Dies würde dazu führen, daß im vorliegenden Fall, in der Annahme, daß das Angebot am Gesellschaftssitz des Beförderers abgegeben wurde, das deutsche Recht anwendbar sein könnte.

verträgen] wird vermutet, daß sie mit dem Staat die engsten Verbindungen aufweisen, in dem der Beförderer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses seine Hauptniederlassung hat, sofern sich in diesem Staat auch der Verladeort oder der Entladeort oder die Hauptniederlassung des Absenders befindet." Dies dürfte hier nicht der Fall sein, so daß das einzige Kriterium für die Auswahl des anwendbaren Rechts schlicht das Kriterium der „engsten Verbindungen" im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 ist.

42. Wäre der Vertrag in Frankreich geschlossen worden und hätte die Beschädigung mit einem Fehler bei der Beladung oder dem Verstauen in Verbindung gestanden, so ließe sich die Ansicht vertreten, daß dieses Land die engsten Verbindungen zu der vertraglichen Verpfichtung aufwiese; daher wäre das französiche Recht anzuwenden. Geht man jedoch davon aus, daß konkret der Entladetätigkeit oder dem Zustand, in dem sich die Waren befanden, unter dem Gesichtspunkt der streitigen Verpflichtung größere Bedeutung zukommt, so wäre Brasilien bezeichnet, und sein Recht gelange zu Anwendung. Im Bereich charakteristischer Verpflichtungen verlagert der Rückgriff auf die Lex causae nur den Zeitpunkt der Unsicherheit und die damit verbundene Gefahr einer Aufsplitterung der Zuständigkeit auf eine spätere Stufe der Überlegung; er beseitigt sie nicht.

43. Allerdings bleiben nach Ermittlung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts die Schwierigkeiten der Festlegung des Erfüllungsortes nach diesem Recht ebenso bestehen, wie die mangelnde Eignung des Rückgriffs auf die Lex causae zur Lösung von Zuständigkeitsfragen, die ich im folgenden behandeln werde.

VIII — Die Kritik an der Tessili-Rechtsprechung

44. Die Kritik an den Urteilen Tessili und Custom Made betrifft grundsätzlich zwei Gesichtspunkte: die praktische Schwierigkeit ihrer Anwendung und die unerwünschten Folgen, die Heranziehung des anwendbaren materiellen Rechts als Kriterium für die Entscheidung einer Zuständigkeitsfrage hat. Zu diesen unerwünschten Folgen gehört es, daß zunehmend der Wohnsitz des Klägers zum allgemeinen Gerichtsstand wird, wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden.

a) *Die Schwierigkeiten der Anwendung der Tessili-Rechtsprechung*

45. Wie ich bereits wiederholt habe, fordert die Tessili-Rechtsprechung von dem Gericht, bei dem die Klage erhoben worden ist, eine Prüfung in drei Schritten: autonome Qualifizierung der Verpflichtung, die der Klage zugrunde liegt; Bestimmung des auf diese Verpflichtung anwendbaren Rechts nach seinen eigenen Kollisionsnormen; Festlegung des Erfüllungsortes der Verpflichtung nach diesem Recht.

46. Ich denke, ich habe anhand des vorliegenden Falles hinreichend aufgezeigt, daß

die Tessili-Methode zumindest sehr mühselig ist, vor allem, wenn man sie zu dem einzigen Ziel in Verhältnis setzt, dem sie dient: zu bestimmen, ob das Gericht, das über eine Klage befindet, zuständig ist[24]. Diese Komplexität hat in der Lehre zahlreiche Kritiken hervorgerufen, doch auch — und dies wiegt schwerer — deutliche Abneigung bei den nationalen Gerichten. Kurz gesagt, die Tessili-Regel wird nicht befolgt[25]. Und in den Fällen, in denen sie tatsächlich befolgt wird, ist dies gewöhnlich darauf zurückzuführen, daß das auf die fragliche Verpflichtung anwendbare Recht das Recht des Forums[26], d. h. das Recht, das Gericht am besten kennt, oder gegebenenfalls das einheitliche internationale Recht ist.

47. Nach meinem Verständnis verlangt die korrekte Anwendung der Tessili-Methode, daß das Gericht die erwähnten Schritte nicht nur vornimmt, sondern sie auch erläutert und begründet. Ein Gericht, das sich in seiner Entscheidung damit begnügt, den Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung für die Zwecke von Artikel 5 Nummer 1 zu benennen, der sich auch bei richtiger Anwendung der Tessili-Regel ergeben hätte, wendet die Tessili-Regel nicht korrekt an.

48. Wendet das Gericht die kollisionsrechtliche Methode nicht an, so legt es gewöhnlich den Erfüllungsort der betreffenden Verpflichtung anhand der Umstände des Falles fest[27]. Schließlich gab es Fälle eines echten „Aufstands" gegen die Tessili-Rechtsprechung, von denen wegen seiner Eigenheiten derjenige der französischen Cour de cassation anzuführen ist, des Gerichtes, das den vorliegenden Fall vorgelegt hat[28].

49. Bei der mühseligen Übung, die das nationale Gericht durchführen muß, ist vielleicht am entmutigendsten, daß sie in der Praxis zum Wohnsitz des Beklagten führt, so daß die Anwendung des allgemeinen Gerichtsstands des Artikels 2 des Übereinkommens genügt hätte, oder zum Wohnsitz des Klägers, was im Widerspruch nicht nur zur Mehrzahl der europäischen Verfahrensrechtstraditionen steht, sondern auch zur eigenen Systematik des Brüsseler Übereinkommens, *ohne daß eine Garantie dafür bestünde, daß einer dieser Orte derjenige*

24 — Wenn es sich nach der Prüfung für zuständig erachtet, kann es nämlich noch bei der Behandlung der Hauptsache von seinem Ergebnis, zu dem es in bezug auf die Zuständigkeit gelangt ist, Abstand nehmen, denn „die Auslegung jener Ausdrücke und Begriffe [aus dem Bereich des Zivil-, Handels- und Verfahrensrechts] für die Zwecke des Übereinkommens [greift] der Frage der auf das streitige Rechtsverhältnis anwendbaren Sachnorm nicht vor" (Urteil Tessili, zitiert in Fußnote 3, Randnr. 11). Umgekehrt wird — wie ich bereits ausgeführt habe — sein Ergebnis, wenn es sich für nicht zuständig hält, dem nächsten Gericht, das mit der Klage befaßt wird, nichts nutzen.

25 — Zum Widerstand gegen die Anwendung der Tessili-Regel vgl. G. Droz: „Delendum est forum contractus? (vingt ans après les arrêts De Bloos und Tessili interprétant l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)", *Recueil Dalloz*, 1997, S. 351.

26 — So z. B. das Urteil der französischen Cour de cassation (erste Zivilkammer) vom 6. Februar 1996, San Carlo Gruppo alimentare SPA/SBC Vito, zitiert in *Revue critique de droit international privé*, 1996, S. 504.

27 — Vgl. H. Gaudemet-Tallon: Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Nr. 173, S. 129.

28 — Während die Zivilkammer in einem Urteil vom 25. Februar 1997 (Société Bateg Delta/Société Ward Groupe u. a., *Recueil Dalloz*, 1997, Jurisprudence, S. 562) die Tessili-Methode getreu angewandt hat, bestätigte dieselbe Kammer wenige Tage später einen Beschluß über die Vollstreckbarerklärung mit der Begründung, daß das erstinstanzliche Gericht den Erfüllungsort zutreffend „anhand des Schuldverhältnisses und der Umstände des vorliegenden Falles" [en fonction de la nature du rapport d'obligation et des circonstances de l'espèce] festgelegt habe (SA Comptoir commercial d'Orient/Société Medtrafina, Urteil vom 11. März 1997, a. a. O.). Hingegen hat die Kammer für Handelssachen der Cour de cassation ein Urteil im Kassationsverfahren wegen fehlender Rechtsgrundlage mit der Begründung aufgehoben, es habe nicht angegeben, welches Recht anwendbar sei (Ernesto Stoppani SPA/SARL Stoppani France, Urteil vom 18. März 1997, a. a. O.). Ich kann mich einer gewissen Ratlosigkeit und einer gewissen Besorgnis angesichts der Rechtsunsicherheit nicht erwehren, die diese plötzlichen Richtungswechsel in der Rechtsprechung herbeiführen.

ist, der die größte Sachnähe aufweist, was, wie man im folgenden sehen wird, die besondere Rechtfertigung für Artikel 5 Nummer 1 darstellt. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit der Zahlungsverpflichtung.

b) *Die mangelnde Eignung des Rückgriffs auf die Lex causae für die Entscheidung von Zuständigkeitsfragen*

50. Der zweite wesentliche Kritikpunkt an der Auslegung des Artikels 5 Nummer 1 durch den Gerichtshof wendet sich gegen die Übertragung von Kriterien, die ihre Daseinsberechtigung im materiellen Recht haben, auf die prozessuale Zuständigkeit, wobei Aspekte von Verhaltensnormen in den Bereich der begrifflichen oder Befugnisnormen wie der Zuständigkeitsnormen überführt werden[29]. Damit entfällt auch die dogmatische Reinheit, die man in der Tessili-Methode erblicken wollte.

51. Konkret wird erstens die Einführung eines allgemeinen Gerichtsstands bei Verträgen oder Ansprüchen aus einem Vertrag kritisiert, der mit dem Wohnsitz des Klägers oder besser gesagt des Verkäufers zusammenfällt.

52. Offenkundig ist nämlich der Kaufvertrag die häufigste Vertragsart im internationalen Handelsverkehr. Auf der anderen Seite haben die meisten Rechtsstreitigkeiten die Zahlung des Kaufpreises zum Gegenstand. In bezug auf den Ort, an dem die Zahlung erfolgen soll, bestehen in Europa zwei Traditionen: der Wohnsitz des Schuldners (Deutschland, Belgien, Spanien und Frankreich) und der Wohnsitz des Gläubigers (Dänemark, Griechenland, Irland, Italien, Niederlande und Vereinigtes Königreich). Die erste Möglichkeit wurde ständig zugunsten der zweiten ausgehöhlt. So legte Artikel 59 Absatz 1 Satz 1 des Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen von 1964 fest, daß der Ort der Erfüllung der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises der Ort der Niederlassung des Verkäufers oder in Ermangelung einer Niederlassung dessen gewöhnlicher Aufenthaltsort war. Artikel 57 des am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf schafft eine noch generellere Verpflichtung, die Zahlung am Ort der Niederlassung des Verkäufers zu tätigen.

53. In dem Vorlagebeschluß, der dem Urteil Custom Made zugrunde lag, stellte der

29 — Kelsen hebt hervor, daß sich Ausdrücke wie „Kompetenz", „Befugnis", „Handlungsfähigkeit" oder „Zuschreibung" auf den gleichen Begriff oder auf alle Fälle auf außerordentlich nahe beieinanderliegende Begriffe beziehen, da in allen vier Fällen eine Rechtsnorm im weiten Sinn zu bestimmten Verhaltensweisen ermächtigt und diese so rechtserheblich werden läßt (H. Kelsen: Reine Rechtslehre, Wien, 1960, S. 150 ff.). Alf Ross (A. Ross: On Law and Justice, London, 1958, S. 52 ff.) und Lars Lindahl (L. Lindahl: Position and Change, A Study in Law and Logic, Boston, 1977, S. 194 ff.) qualifizieren die Zuständigkeitsnormen als begriffliche oder konstitutive Normen im Gegensatz zu Verhaltensnormen. Die Zuständigkeitsnormen legen einen Begriff fest (beispielsweise den des Gesetzgebers oder des Gerichts) und ermöglichen eine Tätigkeit (die gesetzgeberische oder rechtsprechende), die, wenn sie nicht von ihnen gedeckt wären, nicht existieren würden, da sie nicht natürlich sind. Zuständigkeitsregeln bestimmen, welche Arten von Verhaltensweisen als gesetzgeberische oder Rechtsprechungstätigkeit erachtet werden und wer diese Tätigkeiten versehen kann, während die Verhaltensnormen den Inhalt dieser Tätigkeiten regeln. Ähnlich verhält es sich bei Zuständigkeiten, die Einzelpersonen verliehen werden, auch wenn das Privatrecht den Begriff „Handlungsfähigkeit" vorzieht. Zuständigkeitsnormen legen fest, was unter einem Vertrag, einem Testament oder einem Versprechen zu verstehen ist, und machen die betreffenden Tätigkeiten rechtserheblich, während die Verhaltensnormen die Grenzen und Merkmale dieser Tätigkeiten festlegen (vgl. E. Bulygin: Sobre las normas de competencia, Análisis lógico y derecho, Madrid, 1991, S. 485 ff.).

Bundesgerichtshof zu Recht die Frage, ob sich der Erfüllungsort „auch für den Bereich des Einheitskaufrechts mit der Folge eines generellen Klägergerichtsstands bei Kaufpreis- und Werklohnzahlungsklagen" nach der Lex causae bestimme [30].

54. Der Gerichtshof hat dies bejaht. Damit hat er einerseits die Entscheidungsfindung des nationalen Gerichts erleichtert, das nun ein einheitliches internationales Recht anwenden konnte. Gleichzeitig wurde eine einheitliche Antwort erleichtert. Andererseits aber habe der Gerichtshof damit leider verstärkt Kriterien des nationalen Rechts für die Lösung verfahrensrechtlicher Probleme wie der Zuständigkeitsprobleme herangezogen.

55. Grundsätzlich ist es freilich nicht gefährlich — sondern im Gegenteil völlig logisch —, wenn der Ort der Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung mit dem Sitz einer der Parteien übereinstimmt, auch wenn es sich dabei um den Verkäufer handelt. Bei den meisten Vertragsformen werden nämlich die gegenseitigen Verpflichtungen am Sitz einer der Parteien erfüllt. Nicht zulässig ist es hingegen [31], wenn die eigentliche Aufgabe des materiellen Rechts, die vertraglichen Risiken unter den Parteien aufzuteilen, dahin verfälscht wird, daß nach diesen Aufteilungskriterien Gerichtsstände festgelegt werden. Das geschieht aber, wenn die Verlagerung des Ortes der Erfüllung der Zahlungsverpflichtung an den Sitz des Verkäufers, die im internationalen Rahmen zunehmend anzutreffen ist, nach der Tessili-De-Bloos-Rechtsprechung bei finanziellen Verpflichtungen zu einem weitgehenden Forum actoris ohne Bezug zu dem Ort führt, an dem die charakteristische Gegenleistung des Vertrages zu erbringen ist. Der Beklagte, der im allgemeinen rügen wird, daß die erbrachte Leistung nicht vertragsgemäß sei, wird sich gezwungen sehen, vor einem vielleicht weit von seinem Sitz entfernten Gericht zu prozessieren. Das Gericht, bei dem die Klage erhoben wird, wird sich auch dann für zuständig erklären müssen, wenn es für den Kern der Beweisaufnahme, nämlich den Nachweis der Richtigkeit der Rüge der Schlechterfüllung durch den Beklagten, auf langwierige und kostspielige internationale Rechtshilfeersuchen zurückgreifen muß.

56. Generalanwalt Lenz hat in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Custom Made diesem Problem den wesentlichen Teil seiner Kritik an der Rechtsprechung des Gerichtshofes gewidmet. Er hat zunächst ausgeführt, daß nach den Absichten der Urheber des Übereinkommens der Begriff des Erfüllungsortes die Bestimmung eines sachnahen Gerichtes ermöglichen solle, und hat dann ausgeführt: „Die Regeln der Lex causae über den Erfüllungsort der Sachleistungspflicht... können... Elemente enthalten, die nur der Verteilung des Risikos... dienen und über das wirtschaftliche *Ziel* der Verkäuferpflichten keine zuverlässige Auskunft geben." [32] Daraus hat er abgeleitet, daß diese Regel nicht zur Festlegung eines sachnahen Gerichtstandes geeignet sei.

30 — Vorlagebeschluß vom 26. März 1992 (Abschnitt V.3. Buchstabe d a. E.).

31 — Vgl. in diesem Sinne G. Droz: (Anmerkung 25), S. 355 a. E.

32 — Slg. 1994 (I-2933, Nr. 80).

Generalanwalt Lenz hat daher den Hauptmangel der Bestimmung des Forum contractus nach dem materiellen Recht, das nach den Kollisionsnormen anwendbar ist, nicht so sehr in einer allgemeinen „Antipathie" gegen den Gerichtsstand des Beklagten gesehen, die er nicht feststellt, sondern darin, daß diese Methode nicht geeignet sei, das spezifische Ziel von Artikel 5 Nummer 1, die Schaffung eines besonderen, sachnahen Gerichtsstandes für Klagen, die Verträge oder Ansprüche aus einem Vertrag zum Gegenstand haben, zu erreichen.

57. So gerechtfertigt die Kritik, die ich dargestellt habe, sein mag, ist doch einzuräumen, daß sie nicht so sehr gegen die Tessili-Methode, sondern gegen die De-Bloos-Rechtsprechung und die dort vorgenommene Isolierung der gegenseitigen Verpflichtungen gerichtet ist. Wie ich bereits ausgeführt habe, fällt der Streit über die richtige Einstufung der Verpflichtung für die Zwecke von Artikel 5 Nummer 1 aus dem Rahmen des vorliegenden Verfahrens. Denn auch wenn die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens auf Zahlung klagen, so steht doch fest, daß sie aufgrund der Abtretung einer Forderung der Empfängerin der Ware und daher gestützt auf die charakteristische Verpflichtung des Vertrages vorgehen, die darin besteht, die Ware zu befördern und sie ohne Beschädigungen oder Verluste ihrem Empfänger zu übergeben [33].

33 — Es ist wohl etwas konstruiert, einerseits die Isolierung der Verpflichtungen voneinander zum Zweck der Anwendung des Forum contractus zuzulassen und auf der anderen Seite zum gleichen Zweck die Verpflichtung zum Schadensersatz der nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllten Verpflichtung gleichzustellen. Vgl. in diesem Sinne aber P. Gothot und D. Holleaux: *Revue critique de droit international privé*, 1977, S. 769.

58. Ich möchte jedoch klarstellen, daß die Bestimmung des Erfüllungsortes anhand der Lex causae erheblich dazu beiträgt, die praktische Anwendung der Tessili-Rechtsprechung zu erschweren. Wie ich bereits ausgeführt habe, geht das wesentliche Bestreben des materiellen Rechts — in bezug auf vertragliche Verpflichtungen — gewöhnlich in Richtung einer Verteilung der Haftung, oder, mit anderen Worten, der Gefahr, auf die Vertragspartei. Daher regelt das Zivil- oder Handelsrecht selten, welches der Erfüllungsort einer Verpflichtung ist, wenn es an einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien fehlt. Was gewöhnlich festgelegt wird, ist der Zeitpunkt, zu dem die Gefahr von der einen Vertragspartei auf die andere übergeht. Dies ist in der Regel der einzige Anhaltspunkt, den das materielle Recht dem Gericht für die Bestimmung des Ortes, der als Erfüllungsort zu gelten hat, an die Hand gibt [34]. Ich habe ernste Zweifel daran, ob es zulässig ist, den Erfüllungsort einer Verpflichtung nach Maßgabe der Regeln über den Gefahr-

34 — Wäre beispielsweise im vorliegenden Fall das spanische Recht anwendbar, so könnte sich das Gericht, das über seine Rechtsprechungszuständigkeit zu entscheiden hätte, für den Seetransport unter einem Konnossement nur auf das Gesetz vom 22. Dezember 1949 (BOE Nr. 358 vom 24. Dezember 1949) stützen. Nach Artikel 5 Absatz 3 dieses Gesetzes — das Brüsseler Übereinkommen vom 25. August 1924 übernimmt — ist der Frachtführer verpflichtet, „... bei der Verladung, Verzurrung, Verwahrung, Beförderung, Bewachung, Behandlung und Entladung der Waren, die er befördert, in geeigneter und sorgfältiger Weise vorzugehen". Es ist nicht ersichtlich, daß es im spanischen Recht eindeutigere Anhaltspunkte in bezug auf den Ort gäbe, der abstrakt als Erfüllungsort der Verpflichtung zum internationalen Seetransport von Waren unter Konnossement zu betrachten wäre. Das Gericht muß sich jedoch gemäß Artikel 24 des erwähnten Gesetzes zuvor davon überzeugen, daß die Beförderung ausschließlich zwischen Nationen erfolgt, die das Brüsseler Übereinkommen von 1924 ratifiziert haben. Andernfalls wäre auf die Bestimmungen über den Seetransport im Código de comercio zurückzugreifen, dessen Bestimmungen in bezug auf das mögliche Bestehen eines Erfüllungsortes einer Verpflichtung der in Rede stehenden Art noch weniger Aufschluß geben. Hat das Gericht festgestellt, daß keine einschlägigen zwingenden Bestimmungen bestehen, so hat es sich dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsautonomie zuzuwenden, der in Artikel 1 255 des Código civil verankert ist, um zu dem Ergebnis zu gelangen, daß der Erfüllungsort allein der Ort ist, den die Parteien bestimmt haben. Liest man dies im Zusammenhang mit den Bestimmungen, die den Gefahrenübergang regeln, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß dieser Ort mit dem Bestimmungsort der Ware übereinstimmt. Das war der Mühe nicht wert!

übergang vorzunehmen. Was passiert, wenn vereinbart wird, daß die Beförderung auf Gefahr des Empfängers erfolgt? Bedeutet dies, daß mit der Verlagerung des Zeitpunkts des Gefahrübergangs auf den Verladehafen damit der Ort verlagert wird, an dem die Verpflichtung zu erfüllen ist? Oder bedeutet es, wenn das Gesetz bestimmt, daß der Frachtführer unter bestimmten Umständen nicht für die Schäden haftet, die durch die mangelnde Seetüchtigkeit des Schiffes entstehen [35], daß der Frachtführer, der sich gegen eine Klage wegen Nichterfüllung verteidigt, verlangen kann, daß als Ort der Erfüllung seiner Verpflichtung derjenige Ort betrachtet wird, an dem er die Ware auf das mangelhafte Schiff verladen ließ, weil dort seine Haftung im konkreten Fall beendet war?

Die Bestimmungen über den Gefahrübergang sind für die Bestimmung des zuständigen Gerichts nicht sachdienlich.

IX — Die mit Artikel 5 Nummer 1 des Übereinkommens verfolgten Zwecke

59. Jeder Versuch einer Auslegung von Artikel 5 Nummer 1 des Brüsseler Übereinkommens hat notwendigerweise die Bestimmung des Zweckes des sogenannten Forum contractus zum Ausgangspunkt. Welchen Zweck verfolgt Artikel 5 Nummer 1 im Rahmen des Brüsseler Übereinkommens? Weshalb begründet diese Bestimmung einen besonderen Gerichtsstand am Ort der Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung und nicht beispielsweise an dem Ort, an dem der Vertrag geschlossen wurde?

a) *Die allgemeine Zielsetzung des Brüsseler Übereinkommens*

60. Artikel 5 Nummer 1 ist Teil des europäischen Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Dieses Übereinkommen wurde von den Mitgliedstaaten auf der Grundlage des Artikels 220 EG-Vertrag geschlossen, wo es heißt: „Soweit erforderlich, leiten die Mitgliedstaaten untereinander Verhandlungen ein, um zugunsten ihrer Staatsangehörigen folgendes sicherzustellen:... die Vereinfachung der Förmlichkeiten für die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung richterlicher Entscheidungen und Schiedssprüche." Offenkundig geht das Brüsseler Übereinkommen weit über das konkrete Ziel dieser Bestimmung hinaus. Ich möchte jedoch die in Artikel 220 EG-Vertrag verankerten Ziele der „Vereinfachung" hervorheben.;

Aus der Präambel des Übereinkommens ergeben sich als mit diesem verfolgte Ziel

35 — Artikel 8 Absatz 1 des spanischen Gesetzes vom 22. Dezember 1949.

„die Vereinfachung der Förmlichkeiten" gemäß Artikel 220[36] und der „Rechtsschutz" der in der Europäichen Gemeinschaft ansässigen Personen[37].

61. Dem Bemühen um „Rechtssicherheit"[38], das gesamte Übereinkommen leitet, entspricht es, den Rechtsbürgern vorhersehbare Lösungen an die Hand zu geben.

62. Der Gerichtshof hat in seinem Urteil Mulox das Ziel beschrieben, das die einheitliche Anwendung des Übereinkommens gewährleisten soll, nämlich, „die Zuständigkeitsregeln für die Gerichte der Vertragsstaaten zu vereinheitlichen, wobei soweit wie möglich eine Häufung der Gerichtsstände in bezug auf ein- und dasselbe Rechtsverhältnis verhindert werden soll, und den Rechtsschutz für die in der Gemeinschaft niedergelassenen Personen dadurch zu verstärken, daß dem Kläger die Feststellung erleichtert wird, welches Gericht er anrufen kann, und dem Beklagten ermöglicht wird, bei vernünftiger Betrachtung vorher zu sehen, vor welchem Gericht er verklagt werden kann"[39].

b) *Die besonderen Ziele des Artikels 5 Nummer 1 des Übereinkommens*

63. Die großen Ziele, die das Brüsseler Übereinkommen leiten, finden ihren Niederschlag insgesamt mit größter Klarheit in dem sogenannten allgemeinen Gerichtsstand, dem Wohnsitz des Beklagten. Dieser Gerichtsstand entspricht nämlich gleichzeitig und in angemessener Weise den Zielen der Einheitlichkeit, der Vorhersehbarkeit und der Konzentration der Zuständigkeiten, der Leichtigkeit der Bestimmung und des Rechtsschutzes. Das Übereinkommen sieht jedoch eine begrenzte Zahl besonderer Gerichtsstände vor, deren Rechtfertigung von Fall zu Fall abweicht. So erklärt Artikel 16 wegen der Vorteile für die Rechtspflege aufgrund ihrer Nähe zum Gegenstand des Rechtsstreits[40] im Bereich der Grundpfandrechte ausschließlich die Gerichte desjenigen Staates für zuständig, in denen die unbewegliche Sache belegen ist. In vergleichbarer Weise kann der Versicherte im Bereich des Versicherungswesens Klage beim Gericht seines eigenen Wohnsitzes erheben, was seinen Rechtsschutz verstärkt. Zweifelsfrei muß daher die Festlegung eines besonderen, fakultativen Gerichtsstandes bei Verträgen oder Ansprüchen aus einem Vertrag ebenfalls besonders gerechtfertigt sein.

64. Die folgenden im allgemeinen erwähnten beiden Zwecke des Artikels 5 Nummer 1 liegen am nächsten: die Sachnähe des für

36 — Die der Gerichtshof so auslegt, daß „Behinderungen im Rechtsverkehr und bei der Erledigung von Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit den innergemeinschaftlichen Beziehungen auszuräumen" sind (Urteil Tessili, Randnr. 9).

37 — Dazu gehört als wesentlicher Bestandteil die Möglichkeit, „eine einheitliche Lösung in allen Mitgliedstaaten zu gewährleisten" (Urteil vom 27. September 1988 in der Rechtssache 189/87, Kalfelis, Slg. 1988, 5565, Randnr. 17). Denn „der Grundsatz der Rechtssicherheit in der Gemeinschaftsrechtsordnung und die Ziele des Übereinkommens gemäß der ihm zugrundliegende Artikel 220 des Vertrages erfordern eine in allen Mitgliedstaaten einheitliche Anwendung der Rechtsbegriffe und rechtlichen Qualifizierungen, die der Gerichtshof im Rahmen des Übereinkommens entwickelt" (Urteil vom 14. Juli 1977 in den verbundenen Rechtssachen 9/77 und 10/77, Bavaria und Germanair, Slg. 1977, 1517, Randnr. 4).

38 — Vgl. Urteile vom 4. März 1982 in der Rechtssache 38/81 (Effer, Slg. 1982, 825, Randnr. 6) und Handte (zitiert in Fußnote 15, Randnr. 11).

39 — Urteil vom 13. Juli 1993 in der Rechtssache C-125/92 (Mulox IBC, Slg. 1993, I-4075, Randnr. 11). Generalanwalt Lenz zählt diese Ziele in Nr. 45 der Schlußanträge Custom Made unter Hinweis auf ihre Grundlagen im Übereinkommen und in der Rechtsprechung auf (Slg. 1994, I-2925).

40 — Offizieller Bericht zum Brüsseler Übereinkommen in seiner ursprünglichen Fassung von P. Jenard (Abl. 1979, C 59, S. 1 ff.; im folgenden: Jenard-Bericht).

zuständig erklärten Gerichts zum Gegenstand des Rechtsstreits und die Waffengleichkeit der Parteien.

65. Die Rechtfertigung der Sachnähe findet sich bereits im Jenard-Bericht [41]. Zweifellos ist die Nähe des Gerichts zu dem Ort, an dem die streitige Verpflichtung hätte erfüllt werden müssen, grundsätzlich geeignet, in den meisten Fällen die Beweisaufnahme zu erleichtern. Dort wird sich im allgemeinen die Sache befinden oder die in Rede stehende Leistung zu erbringen sein. Auch wird man dort am leichtesten Zeugen beibringen oder mit den geringsten Kosten Sachverständigengutachten einholen können und auf diese Weise langwierige und kostspielige Rechtshilfeersuchen vermeiden. Dies gilt jedoch in Wirklichkeit nur für den Ort, an dem die charakteristische Verpflichtung aus dem Vertrag zu erfüllen ist. Daher habe ich mich oben für eine Korrektur der De-Bloos-Rechtsprechung in dem Sinne ausgesprochen, daß für die Zwecke von Artikel 5 Nummer 1 die rein finanzielle und daher nicht charakteristische Verpflichtung aus dem Vertrag nicht berücksichtigt wird. Denn auch wenn die unterbliebene Zahlung der vereinbarten Gegenleistung geltend gemacht wird, ist der Erfüllungsort der Lieferverpflichtung der geeignetste Ort für die Bestimmung eines sachnahen Gerichts, da der Beklagte zu seiner Verteidigung gewöhnlich die vollständige oder teilweise Nichterfüllung der Verpflichtung des Klägers geltend machen wird, und da der Zahlungsnachweis in aller Regel durch Urkunden erfolgt, so daß er meistens keinen Zusammenhang zu einem konkreten Ort aufweist, in dessen Nähe eine Zuständigkeit zu begründen wäre. Ich wiederhole allerdings, daß diese Erwägungen zwar wichtig sind, jedoch die Entscheidung des Ausgangsverfahrens, das die Erfüllung der charakteristischen Verpflichtung aus dem Vertrag betrifft, nicht unmittelbar beeinflussen.

66. Der Gerichtshof hat diese Rechtfertigung in seiner Rechtsprechung mehr als einmal bestätigt [42].

67. Persönlich meine ich, daß nicht so sehr von einem Kriterium der „Sachnähe", als von einem Kriterium der „Verknüpfung mit dem Vertrag" gesprochen werden sollte, da die Beziehungen des zuständigen Gerichts zu dem Vertrag mehr auf bloßen Willenserklärungen als auf dem eigentlichen Sachverhalt beruhen können. So verhält es sich typischerweise bei vollständiger Nichterfüllung der geschuldeten Leistung. In diesem Fall läßt sich der Ort, an dem die Verpflichtung zu erfüllen gewesen wäre, nur anhand ideeller Anhaltspunkte bestimmen.

So betrachtet, erhält das Kriterium der Verknüpfung eine neue Berechtigung —

41 — Jenard-Bericht (S. 35).

42 — Der Gerichtshof hat festgestellt, es sei wünschenswert, daß „zwischen der Klage und dem zur Entscheidung hierüber berufenen Gericht eine besonders enge Verknüpfung besteht" (Urteil Tessili, Randnr. 13).

abgesehen von Erwägungen einer geordneten Rechtspflege — durch das Grundprinzip der Willensautonomie der Vertragsparteien.

68. Einige Autoren fügen hinzu, durch die Schaffung des Forum solutionis werde erreicht, daß sich die Vorteile und die Gefahren im Zusammenhang mit der gerichtlichen Zuständigkeit gleichmäßig auf den Kläger und den Beklagten aufteilen [43]. Artikel 5 Nummer 1 bilde daher ein Gegengewicht zur allgemeinen Regel des Gerichtsstands des Wohnsitzes des Beklagten.

69. Einige dieser Autoren bedienen sich dieser angeblichen Zielsetzung der Bestimmung, um eine weite Auslegung vorzuschlagen [44]. Nach ihrer Ansicht ist Artikel 5 in Verbindung mit Artikel 2 des Übereinkommens von dem Gedanken geleitet, daß in bestimmten besonderen Fällen das Interesse des Klägers Vorrang vor dem Schutz des Beklagten habe, weshalb ihm eine Wahlmöglichkeit in bezug auf die Zuständigkeit eingeräumt werde. Die wirksame Gestaltung dieses Wahlrechts erfordere es, daß es nicht eng ausgelegt werde, denn andernfalls könnte Artikel 5 Nummer 1 mit Artikel 2 verschmolzen werden, da der erstgenannten Bestimmung jede Wirksamkeit genommen würde [45].

70. Meiner persönlichen Ansicht nach ist die letztgenannte Ansicht zwar originell, sie findet jedoch in den Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten keine Grundlage, die sie als zutreffend erscheinen lassen könnte. Im übrigen denke ich, daß diese Begründung weder notwendig noch sachdienlich ist. Zwar kann Artikel 5 Nummer 1 in der Praxis einen gewissen Ausgleich für den allgemeinen Gerichtsstand dadurch bieten, daß das Gericht des Wohnsitzes des Klägers zuständig ist, doch hat dieser Umstand mehr mit der einfachen Tatsache zu tun, daß im allgemeinen die Verpflichtungen dort zu erfüllen sind, wo zumindest eine der Parteien ihren Sitz hat, als mit einer angeblichen Absicht, bei der Zuständigkeit ein Gleichgewicht zwischen den Parteien eines Vertrages zu erreichen.

c) *Erstes vorläufiges Ergebnis*

71. An diesem Punkt der Untersuchung halte ich es für angebracht, ein erstes vorläufiges Ergebnis in bezug auf die allgemeinen und besonderen Ziele zum Ausdruck zu bringen, die — meines Erachtens — mit der Einführung des Forum contractus im Brüsseler Übereinkommen verfolgt werden.

Aus den angestellten Erwägungen geht hervor, daß die Auslegung von Artikel 5 Nummer 1 dazu führen muß, als Gerichtsstand einen Ort zu bestimmen, der eine enge Verknüpfung zur betreffenden vertraglichen Verpflichtung hat, bei dessen Bestimmung die allgemeinen Erfordernisse

43 — In diesem Sinne F. Schack: Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und Internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht, Frankfurt, 1985, §§ 144 ff., S. 207 und 218.

44 — In diesem Sinne vgl. A. Huet: „La ubicación del artículo 5 en el sistema del Convenio. La competencia en materia contractual" in Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa, Madrid, 1993, S. 75 f.

45 — Nach einer von G. Droz erstellten Statistik wurden von achtundvierzig im Zusammenhang mit Artikel 5 Nr. 1 entschiedenen Rechtssachen vierundzwanzig der Zuständigkeit des Gerichtes des Wohnsitzes des Beklagten unterworfen. Somit wurde in der Hälfte der Fälle der allgemeine Gerichtsstand des Artikels 2 der Übereinkunft bestimmt (veröffentlicht in *Revue critique de droit international privé*, 1987, S. 802 f.).

der Vorhersehbarkeit und der Bündelung der Zuständigkeit, der Einheitlichkeit der Kriterien und der Leichtigkeit der Bestimmung zu beachten sind.

X — Die möglichen Auslegungsmethoden

72. Wie ausgeführt, hatte das erste vom Gerichtshof gemäß dem Protokoll vom 3. Juni 1971 erlassene Urteil Artikel 5 Nummer 1 des Brüsseler Übereinkommens zum Gegenstand. Es ging damals darum, welches der den vereinbarten Bedingungen entsprechende Erfüllungsort der Verpflichtung des Verkäufers war, eine Ware auszuliefern. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens, die Dunlop AG, beschrieb bereits damals in ihren schriftlichen Erklärungen die beiden wesentlichen Möglichkeiten, die sich dem Gerichtshof eröffneten: entweder eine unter rechtsvergleichenden Aspekten einheitliche oder eine kollisionsrechtliche Auslegung nach dem jeweils anwendbaren materiellen Recht. In bezug auf die letztgenannte Möglichkeit warnte der Prozeßbevollmächtigte der Dunlop AG bereits vor der Gefahr einer Gleichsetzung des Erfüllungsortes der Verpflichtung mit dem Wohnsitz des Verkäufers und schlug im Ergebnis vor, als Erfüllungsort den Ort zu wählen, an dem die Leistung tatsächlich erbracht werde, der sich aus den Umständen des Einzelfalls und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses entnehmen lasse [46].

73. Mehr als zwanzig Jahre sind vergangen, und obwohl Artikel 5 Nummer 1 Gegenstand von mehr Rechtsstreitigkeiten und größerer Aufmerksamkeit seitens der Lehre als jede andere Bestimmung des Brüsseler Übereinkommens war, bleiben die Lösungsmöglichkeiten im Kern die gleichen, nämlich:

a) die einheitliche Auslegung im Rahmen des Übereinkommens, die an sich von den in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten herrschenden Auslegungen unabhängig ist, obwohl sie sich von ihnen leiten läßt, und die heute üblicherweise als „autonome Auslegung" bezeichnet wird;

b) die kollisionsrechtliche Methode — die der Gerichtshof im allgemeinen vorzieht —, die darin besteht, den Erfüllungsort anhand des nach den Kollisionsregeln des Gerichtes, bei dem die Klage erhoben worden ist, auf den jeweiligen Fall anwendbaren materiellen Rechts festzulegen;

c) die Bestimmung des Erfüllungsortes nach Maßgabe der besonderen Umstände des Einzelfalls in Verbindung mit der Natur des betreffenden Schuldverhältnisses; dies ist wohl die Lösung, die Cour de cassation vorschlägt [47].

46 — In bezug auf Gewährleistungsverpflichtungen für verdeckte Mängel einer Ware machte die Dunlop AG geltend, der Erfüllungsort solle der Ort sein, an dem sich die mangelhafte Ware befinde, da sich dort mögliche Mängel einer Ware am leichtesten untersuchen und gegebenenfalls beheben ließen (Slg. 1976, 1477).

47 — Ich schließe natürlich wegen der unvermeidlichen Zersplitterung von Lösungen, zu der sie führen würde, jede Auslegung des Begriffes „Erfüllungsort der Verpflichtung" aus, die auf dem materiellen Recht des Forums beruht.

74. Diese drei Kategorien sind mehr als Instrumente im Dienste der Untersuchung anzusehen denn als echte wissenschaftliche Wahlmöglichkeiten, die perfekt voneinander abgegrenzt sind; die dritte Möglichkeit ist in Wirklichkeit ein Unterfall der ersten. Dies macht es ratsam, zunächst zwischen der Zugrundelegung der Lex causae einerseits und der autonomen Auslegung andererseits zu wählen. Ist diese Wahl getroffen, so ist zu ermitteln, welches Auslegungskriterium den allgemeinen und besonderen Anforderungen des Forum executionis am besten genügt, die ich oben aufgeführt habe. Mit anderen Worten, ich halte es für angebracht, zwischen Methoden und Kriterien der Auslegung zu unterscheiden und beide nacheinander zu untersuchen.

a) *Die autonome Auslegung*

75. „Eine autonome Auslegung der im Übereinkommen verwendeten Begriffe verdient schon dem Grundsatz nach den Vorzug, weil sie hilft, die einheitliche Anwendung des Übereinkommens sicherzustellen, und damit zur Durchführung ihrer Zielsetzung, nämlich der Vereinheitlichung der Zuständigkeitsregeln der Vertragsstaaten, beiträgt. Diese Vereinheitlichung wird unvermeidlich beeinträchtigt, wenn die Bedeutung der im Übereinkommen verwendeten Begriffe je nach dem anwendbaren Recht unterschiedlich ausfällt." Ich stimme voll und ganz mit dem Standpunkt überein, den Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Mulox[48] zum Ausdruck gebracht hat.

48 — Rechtssache Mulox IBC, bereits erwähnt. Schlußanträge veröffentlicht in Slg. 1993, I-4085.

76. Die autonome Auslegung entspricht einem der grundlegenden Ziele des Brüsseler Übereinkommens: einen erheblichen Grad an Einheitlichkeit im europäischen Rahmen in bezug auf die Behandlung der Fragen der internationalen Zuständigkeit zu erreichen.

77. Die autonome Auslegung erleichtert daneben die Anwendung des Übereinkommens erheblich, da der ständige Rückgriff auf das auf die betreffenden Rechtsbeziehungen anwendbare Recht vermieden wird. Wie ich bereits im Zusammenhang mit dem Locus solutionis ausgeführt habe, fließen die Schwierigkeiten des Grundproblems in den Bereich der bloßen Bestimmung des zuständigen Gerichts ein, wenn die Begriffe des Übereinkommens anhand der Lex causae ausgelegt werden, und diese Probleme werden durch die Eigentümlichkeiten der Technik des Kollisionsrechts (rechtliche Qualifikation, Vorfrage, Ordre public und andere Begriffe) noch verschärft.

78. Es ist nicht außergewöhnlich, daß der Gerichtshof fast immer der autonomen Auslegung den Vorzug gegeben hat; er hat nicht nur den Begriff „Rechtsstreitigkeiten, bei denen ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden"[49], sondern auch u. a. die Begriffe „Zivil- und Handelssachen"[50], „Klagen aus unerlaubter Handlung"[51] und „Unterhaltsberechtigter"[52] autonom ausgelegt. Er hat diese Methode nur sehr selten verworfen, nämlich dann, wenn das Übereinkommen selbst den Rückgriff auf das nationale Recht (z. B. in bezug auf den

49 — Siehe oben, Nr. 27 dieser Schlußanträge.

50 — Urteil vom 14. Oktober 1976 in der Rechtssache 29/76 (Eurocontrol, Slg. 1976, 1541).

51 — Urteil vom 27. September 1988 in der Rechtssache 189/87 (Kalfelis, Slg. 1988, 5565).

52 — Urteil vom 20. März 1997 in der Rechtssache C-295/95 (Farrell, Slg. 1997, I-1683).

Begriff des Wohnsitzes) gebietet, und gerade bei Artikel 5 Nummer 1, hier aber nur im Zusammenhang mit der Definition des „Erfüllungsortes“ [53].

79. Die autonome Auslegung erlaubt es daher, die Ziele der Einheitlichkeit der Kriterien und der Leichtigkeit der Bestimmung zu wahren. In den folgenden Nummern werde ich darlegen, weshalb die Technik des Urteils Tessili in bezug auf die übrigen Ziele des Übereinkommens keinen Vorteil bietet.

b) *Die kollisionsrechtliche Methode*

80. Die Befürworter der kollisionsrechtlichen Methode heben zum ersten die der autonomen Auslegung der Begriffe eines internationalen Übereinkommens innewohnenden Grenzen hervor [54]. Weiter führen sie aus, nichts erlaube den Schluß, daß die Zuständigkeit der Gerichte des Wohnsitzes des Beklagten mit einem besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsortes der Verpflichtung unvereinbar sei [55]. Im übrigen halten sie die Möglichkeit, daß der in Anwendung der Lex causae bestimmte Ort keine Verknüpfung mit dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhalt hat, für eine Gefahr, die allen Fällen einer besonderen Zuständigkeit innewohne. Die Annahme des Bestehens dieser Verknüpfung rechtfertige die Schaffung des besonderen Gerichtsstands der Erfüllung der Verpflichtung. Bei der Anwendung dieser besonderen Zuständigkeitsregel könne sich das Gericht jedoch nur durch die vom Übereinkommen gewählten formalen Kriterien leiten lassen [56].

81. Der Gerichtshof rechtfertigt seine Bevorzugung des Rückgriffs auf die Lex causae mit Gründen der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit [57].

82. Meines Erachtens verschafft der Rückgriff auf die Lex causae allenfalls eine gewisse theoretische Ruhe. Das mathematische Erscheinungsbild der Methode Tessili in der Abstraktheit ihrer Formulierung hat etwas Anziehendes an sich. In Wirklichkeit bietet die kollisionsrechtliche Methode *keinen* Vorteil gegenüber der autonomen Auslegung, jedoch zahlreiche Nachteile.

83. Der Erfüllungsort im Sinne von Artikel 5 Nummer 1 läßt sich autonom so auslegen, daß man ihn beispielsweise bei fehlender Einigung unter den Parteien [58] mit dem „Ort, der die engste Verknüpfung zum Vertrag aufweist“, zusammenfallen läßt.

53 — Byrne, P.: The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments, Dublin, 1990, S. 29 und 44.

54 — Dieser Grenzen waren sich die Urheber des Brüsseler Übereinkommens offensichtich selbst bewußt, denn sie haben in die Artikel 6 Nr. 4 und 22 Nr. 2 Verweisungen auf das nationale Recht eingefügt. Für die kollisionsrechtiche Methode ferner H. Gaudemet-Tallon: *Revue critique de droit international privé*, 1994, S. 698 ff.; H. Tagaras: Chronique Convention de Bruxelles, *Cahiers de droit européen*, 1995, S. 222.

55 — Denn im Zeitpunkt der Ausarbeitung des Brüsseler Übereinkommens mußten finanzielle Verpflichtungen nach verschiedenen Rechtsordnungen von Mitgliedstaaten und gleichzeitig nach einem in einem Teil der Gemeinschaft geltenden internationalen Übereinkommen (Haager Übereinkommen vom 1. Juli 1964 und Anhänge) am Wohnsitz des Gläubigers erfüllt werden.

56 — Vgl. H. Tagaras: a. a. O., S. 225.

57 — Urteil Custom Made (Randnrn. 14 ff).

58 — Da im Vertragsrecht das Grundprinzip der Autonomie der Parteien gilt, muß meines Erachtens, falls Einigkeit über den Erfüllungsort besteht, diese für Artikel 5 Nr. 1 maßgebend sein. Mögliche Mißbräuche, die sich daraus ergeben können, sind nach den Bestimmungen über Gesetzesumgehungen zu behandeln.

Diese Möglichkeit wird kategorisch abgelehnt, obwohl sie unleugbar einfach ist, da sie das Gericht zwingen würde, sich eingehend mit der Begründetheit zu befassen, und da die Unsicherheit bei der erforderlichen Beurteilung des Sachverhalts zu unterschiedlichen Lösungen, letztlich zu einer Vervielfältigung der Gerichtsstände führen könnte. Vielmehr wollen die Befürworter der kollisionsrechtlichen Lösung, die in diesem Punkt durch die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes bestätigt werden, die Lex causae anwenden. Das bedeutet, daß das Gericht, das über die Klage befindet, als erstes zu ermitteln hat, welches Recht auf das streitige Rechtsverhältnis anwendbar ist. Daher muß es seit dem Inkrafttreten des Übereinkommens von Rom vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht auf dieses zurückgreifen. Nach dessen Artikel 4 Absatz 1 unterliegt der Vertrag, sofern das anzuwendende Recht nicht vereinbart worden ist, „dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist". Es folgen eine Reihe von Bestimmungen, die das Gericht zwingen, immer weiter in die materielle Prüfung der Rechtssache einzusteigen (Vermutungen und ihre Ausnahmen, Natur und Gegenstand des Vertrages, Definition der charakteristischen Leistung). Die kollisionsrechtliche Lösung verschiebt nur die unausweichliche materielle Prüfung der Rechtssache auf einen späteren Zeitpunkt der Untersuchung des Gerichts. Im übrigen sehe ich nicht, wie das Kriterium der engsten Verknüpfung, das im Übereinkommen von Rom von 1980 verankert ist, einheitlichere Lösungen als die ermöglichen sollte, die auf dem — wenn auch verhältnismäßig unbestimmten — Kriterium des Erfüllungsortes beruhen.

84. Der Unterschied zwischen den beiden Methoden besteht darin, daß das Gericht, das der autonomen Auslegung den Vorzug gegeben hat, bereits über eine Antwort verfügt, die freilich mit all den möglichen Fehlern und Mängeln behaftet ist, die im Bereich des Rechts, einer nicht exakten Wissenschaft, unvermeidlich sind, während das Gericht, das den kollisionsrechtlichen Weg beschreitet, noch nach dem Recht, das es für anwendbar hält, den Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung bestimmen muß. Wenn das Recht des Forums anwendbar ist, das Gericht am besten kennt, ist das sehr einfach; gelangt jedoch ein — vielleicht sehr abgelegenes [59] — ausländisches Recht zur Anwendung, wird der Vorgang erheblich komplizierter. Handelt es sich, wie im vorliegenden Fall, um die charakteristische Verpflichtung aus dem Vertrag, so wird wahrscheinlich jedes zu Rate gezogene Recht die Anwort geben, daß der Erfüllungsort von den Parteien bestimmt wird, und wenn dies nicht der Fall ist, daß dieser Ort im Lichte der jeweiligen Umstände des betreffenden Schuldverhältisses zu bestimmen ist, d. h., mittels einer Würdigung des Sachverhalts. Damit kehren wir zum Ausgangspunkt zurück.

Zusammengefaßt garantiert die im Urteil Tessili beschriebene Methode keine größere Rechtssicherheit als eine auf einer autonomen Auslegung beruhende Lösung und erschwert die Aufgabe des Gerichts, das über die Klage befindet, unnötig.

85. Ferner gibt es keine Garantie dafür, daß die Tessili-Methode ein Gericht mit größerer Sachnähe oder engerer Verknüpfung mit

59 — Vor dem Inkrafttreten des Übereinkommens von Rom von 1980 mußte ein spanisches Gericht, das über eine Klage eines in der Grenzstadt Irún ansässigen nigerianischen Staatsbürgers wegen Nichterfüllung eines Vertrages gegen einen Landsmann, der zwei Straßen weiter, in Hendaye (Frankreich) wohnte, zu befinden hatte, nach der Tessili-Rechtsprechung und nach Artikel 10 Nr. 5 des spanischen Código civil den Erfüllungsort der betreffenden Verpflichtung nach dem nigerianischen Recht ermitteln.

der betreffenden Verpflichtung bestimmt, als sich dies aus einer autonomen Auslegung ergeben würde.

c) *Zweites vorläufiges Ergebnis*

86. Ich komme auf diese Weise zum zweiten vorläufigen Ergebnis meiner Untersuchung. Die autonome Methode bietet unbezweifelbare Vorteile gegenüber der kollisionsrechtlichen Auslegung, insbesondere was die Einheitlichkeit von Kriterien und die Leichtigkeit der Bestimmung des zuständigen Gerichts gemäß Artikel 5 Nummer 1 angeht. In bezug auf die Ziele der Vorhersehbarkeit, der Verfahrenskonzentration und der Nähe oder der Verknüpfung gelingt es der Tessili-Methode nur, den Rückgriff auf einen Anknüpfungspunkt zu verschieben, der eine Ermittlung des Sachverhalts des Verfahrens gebietet. Zudem begünstigt die kollisionsrechtliche Lösung wegen ihrer technischen Kompliziertheit Fehler bei ihrer Anwendung einschließlich ihrer Nichtanwendung, was zu Rechtsunsicherheit führt.

XI — Das von Generalanwalt Lenz vorgeschlagene Auslegungskriterium

87. Von den verschiedenen Auslegungskriterien, die bei der Entscheidung für eine autonome Auslegung gewählt werden können, halte ich den Vorschlag von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache Custom Made zu untersuchen für interessant.

Generalanwalt Lenz begann seine Konstruktion mit dem Hinweis, daß ein auf der Grundlage eines Begriffes aus dem materiellen Recht begründeter Gerichtsstand nur aus prozessualen Gründen, nämlich solchen der Sachnähe gerechtfertigt werden könne. So sei klar zwischen der materiellrechtlichen Regelung der Gefahrtragung und den verfahrensrechtlichen Gründen zu unterscheiden, die Gegenstand von Artikel 5 seien. Die Verquickung beider Begriffe sei gefährlich: Nach dem Einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (insbesondere dessen Artikel 59 Absatz 1), das nach der Tessili-Rechtsprechung das anwendbare materielle Recht wäre, würde mit Artikel 5 Nummer 1 ein echter allgemeiner Gerichtsstand am Wohnsitz des Klägers begründet.

Ich teile die Besorgnis von Generalanwalt Lenz, auch wenn ich weiterhin denke, daß die praktischen Schwierigkeiten bei der Anwendung der kollisionsrechtlichen Methode und das unvermeidliche Risiko unterschiedlicher Entscheidungen und der Rechtsunsicherheit deren wesentlichen Mangel darstellen.

88. Generalanwalt Lenz hat ausgeführt, da es bei Streitigkeiten wegen der Zahlung des Kaufpreises — wenn nicht der Vertragsschluß selbst strittig sei — im allgemeinen um die Frage gehe, ob die Gegenleistung

(des Verkäufers) ordnungsgemäß erbracht worden sei, solle gemäß Artikel 5 Nummer 1 das Gericht zuständig sein, das am besten geeignet sei, die Ordnungsmäßigkeit der Sachleistung zu beurteilen.

89. Wie Generalanwalt Lenz selbst einräumt, weicht seine Methode vom Urteil De Bloos in gewisser Weise ab, da unter „vertragliche Verpflichtung" nur jene zu verstehen sei, „die bei weitem besser geeignet ist, einen sachnahen Gerichtsstand herbeizuführen" [60]. Die Tessili-Rechtsprechung würde weiterhin Anwendung finden, wenn auch zur Ermittlung nicht des Erfüllungsortes der streitigen Leistung, sondern der Gegenleistung (Lieferung) der anderen Partei (Nr. 78). Allerdings bringt Generalanwalt Lenz sodann einen „Vorbehalt" an: „Wenn wir nun derartige Elemente bei Prüfung der Regeln über den Erfüllungsort der Zahlungspflicht zum Anlaß genommen haben, vom materiellen Recht des Vertrages 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." Abschließend schlägt Generalanwalt Lenz eine völlig autonome Auslegung des Erfüllungsortes im konkreten Fall vor: „... für Streitigkeiten über die Vergütung, die... aufgrund von (angeblichen) Mängeln der Sachleistung entstehen, [weist] das Gericht des Bestimmungsortes der Lieferung im allgemeinen die größere Sachnähe auf als das des Absenderortes. Das gilt unabhängig davon, welcher dieser beiden Orte ‚Erfüllungsort' im Sinne des materiellen Rechts ist und somit davon, welche der Parteien das Transportrisiko trägt" (Nr. 80). Dieses Gericht schlägt der Generalanwalt als zuständig im Sinne von Artikel 5 Nummer 1 des Brüsseler Übereinkommens vor.

90. Zusammengefaßt setzt die Lösung von Generalanwalt Lenz eine gewisse Berichtigung des Urteils De Bloos (indem u. a. der Begriff der charakteristischen Verpflichtung eingeführt wird) und eine Aufgabe der Tessili-Rechtsprechung in der Praxis zugunsten einer autonomen Auslegung voraus, nach der das Forum contractus der Ort mit der größten Sachnähe sein soll.

91. Zwar teile ich den Leitgedanken meines geschätzten Kollegen, stimme jedoch nicht mit dem von ihm bevorzugten *abstrakten Mindestkriterium der autonomen Auslegung*, der Sachnähe, überein. Die Sachnähe, oder wenn man dies so ausdrücken möchte, die Verknüpfung mit dem Vertrag als Ziel der Bestimmung, sind das vorhersehbare Ergebnis der autonomen Bestimmung, nicht das Auslegungskriterium.

92. Generalanwalt Lenz hat im Ergebnis vorgeschlagen, zu antworten, daß der Er-

60 — Slg. 1994 (I-2915, 2933, Nr. 77).

füllungsort einer Lieferverpflichtung aus einem Werklieferungsvertrag im Sinne von Artikel 5 Nummer 1 des Übereinkommens der Bestimmungsort der Lieferung sei [61].

XII — Die von mir vorgeschlagene Lösung: Die Bestimmung des Erfüllungsortes anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls in Verbindung mit dem jeweiligen Schuldverhältnis

a) *Die Angemessenheit einer Änderung der Rechtsprechung*

93. Dieser Punkt führt mich zu dem, was möglicherweise die hauptsächliche Kritik (oder die hauptsächliche Befürchtung) an einer solchen autonomen Auslegung darstellt, nämlich der Feststellung, daß sie den Gerichtshof zwingen würde, den Erfüllungsort jeder der zahlreichen Vertragsarten nach Lage des Falles festzulegen [62].

94. Nach meinem Verständnis ist es illusorisch, alle gegenwärtigen und künftigen Formen vertraglicher Verpflichtungen katalogisieren und jeder von ihnen einen typischen Erfüllungsort zuordnen zu wollen. Die Vertragsautonomie ist nicht beschränkbar. Im übrigen würde dieses Vorgehen die nationalen Gerichte in Ermangelung näherer Erläuterungen im Wortlaut des Übereinkommens zwingen, den Gerichtshof jedesmal zu befragen, wenn sie sich vor einer neuen Verpflichtungsart — deren Zahl unermeßlich sein dürfte — sehen, und auf diese Weise die Vereinfachungsziele des Übereinkommens vereiteln. Jedes Auslegungskriterium muß einfach und eindeutig sein.

95. Die Schwierigkeiten, die im Urteil Tessili verankerte Rechtsprechung mit sich bringt, lassen eine Änderung der Leitlinien der Rechtsprechung des Gerichtshofes ratsam erscheinen. Die vorgeschlagene Auslegung hat sich nach mehr als zwanzig Jahren, und obwohl sie im Urteil Custom Made feierlich bestätigt worden ist, bei den nationalen Gerichten nicht durchgesetzt; diese befolgen sie in sehr ungleichem Maße, und vor allen Dingen sehr mangelhaft. Und die richtige Anwendung der Tessili-Technik stellt eine vertrackte Schwierigkeit dar [63].

96. Die Vorlagefrage der französischen Cour de cassation, der Standpunkt der Gemeinschaftsrechtsprechung bekannt ist, kann als verzweifelter Hilferuf verstanden werden, mit dem erreicht werden soll, daß das Ziel der Vereinheitlichung, das der Gerichtshof zu verfolgen hat, mit — mehr oder weniger wissenschaftlichen — Auslegungskriterien konkretisiert wird, die vor allem den Möglichkeiten eines Instanzge-

61 — Slg. 1994 (I-2947, Nr. 1 des Schlußantrags).

62 — Dies entspricht allerdings dem Vorschlag der deutschen und der britischen Regierung.

63 — Man erinnere sich daran, daß keiner der Vertreter der beteiligten Regierungen — von denen anzunehmen ist, daß sie über einschlägigen Sachverstand verfügen — eine zufriedenstellende Antwort geben konnte, als sie in der mündlichen Verhandlung nach dem Ergebnis befragt wurden, zu dem die Anwendung der Tessili-Methode in ihren nationalen Rechtsordnungen geführt hat. Wie kann man dies dann vom Tribunal de commerce verlangen, das nicht einmal aus Berufsrichtern zusammengesetzt ist?

richts in der Gemeinschaft entsprechen, ohne die übrigen Ziele des Übereinkommens zu beeinträchtigen.

97. Ich denke, daß der Zeitpunkt gekommen ist, zu dem die Weisheit und die Klugheit des Gerichtshofes erneut einzugreifen haben. Eine Wende in der Rechtsprechung ist erforderlich, damit Artikel 5 Nummer 1 des Brüsseler Übereinkommens entsprechend den Erfordernissen der gesellschaftlichen Wirklichkeit ausgelegt wird.

98. Es gilt, der Versuchung zu widerstehen, zu hoffen, daß die notwendige Wende als Ergebnis der Verhandlungen erfolgt, die der Rat gegenwärtig in bezug auf die Änderung des Brüsseler Übereinkommens führt[64]. Erstens, weil das mit den Aufgaben der Rechtsprechung nicht vereinbar wäre: Hinter dem vorliegenden Fall stehen konkrete Bürger, die nach jahrelangen Rechtsstreitigkeiten einen Anspruch auf eine rechtliche Antwort haben, die vom Ausgang politischer Verhandlungen unabhängig ist. Zweitens, weil die Erfahrung lehrt, daß das Ergebnis solcher politischer Verhandlungen stets ebenso unsicher ist, wie der Zeitpunkt, zu dem es erreicht wird. Schließlich, weil niemand besser in der Lage ist als das Gericht, um für die Frage der Verfahrenstechnik die Lösung zu finden, die Interessen einer geordneten Rechtspflege und eines hinreichenden Schutzes der Einzelpersonen am besten vereint.

b) *Das neue Auslegungskriterium*

99. Beim dritten Auslegungsweg, den ich angesprochen habe, handelt es sich, wie ich bereits ausgeführt habe, um eine Unterart dessen, den ich als ersten dargestellt habe, besser gesagt, um eine autonome Auslegung konkreter Art im Gegensatz zu dem, was man als abstrakte autonome Auslegung bezeichnen könnte. Während in der letztgenannten Version eine abstrakte Definition des Erfüllungsortes jeder einzelnen typischen vertraglichen Verpflichtung erforderlich ist, beschränkt sich in der jetzt erörterten Version die Abstraktion auf die Benennung eines sehr einfachen Auslegungskriteriums, dessen Anwendung auf den konkreten Fall dem nationalen Gericht überlassen bleibt.

100. Nach diesem Vorschlag[65] muß das Gericht, das über die Klage befindet, „den Ort, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre", je nach den besonderen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Art des betreffenden Schuldverhältnisses bestimmen.

101. Ich will nicht leugnen, daß diese Betrachtungsweise das Gericht zwingt, den dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Sach-

64 — Für eine Zusammenfassung der Änderungsvorschläge, siehe K. Hertz: Jurisdiction in Contract and Tort under the Brussels Convention, Kopenhagen, 1998, S. 159 ff.

65 — Der nichts Revolutionäres an sich hat, da er so alt ist wie das Brüsseler Übereinkommen selbst.

verhalt zu würdigen, doch verlangt — wie ich bereits erläutert habe — jede Lösung in gewissem Umfang eine Untersuchung der Klage zugrunde gelegten Tatsachen. Mehr noch, ich denke, daß eine gewisse Beurteilung der Tatsachen nicht nur unvermeidlich, sondern legitim ist. Der Begriff „Erfüllungsort" einer vertraulichen Verpflichtung erhält seine Daseinsberechtigung ebenso aus Kriterien tatsächlicher Art [66], wie der Begriff „Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist". Der Gerichtshof hat jedoch den letztgenannten Begriff ohne die geringste Scheu autonom ausgelegt [67]. Offenkundig können bei der Würdigung derartiger Tatumstände im Zusammenhang mit der Art der betreffenden Verpflichtung verschiedene Gerichte zu unterschiedlichen Lösungen gelangen. Doch erfolgt die Bestimmung des Ortes des „schädigenden Ereignisses" immer eindeutig?

102. Es ist ein Merkmal der menschlichen Rechtspflege, daß es bei der Subsumtion bestimmter Sachverhalte unter eine Rechtsbestimmung zu unterschiedlichen Lösungen kommen kann. Das muß die Rechtsordnung hinnehmen, weil es unvermeidlich ist. Unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Rechtspflege — auf die letztlich das gesamte Übereinkommen abzielt — schwer hinzunehmen ist hingegen, daß allein für die Ermittlung, ob das über die Klage befindende Gericht international zuständig ist, vier gerichtliche Instanzen und mehr als sieben Jahre Rechtsstreit erforderlich sind [68].

103. Abgesehen von den Verpflichtungen zur Zahlung eines Geldbetrags, erlaubt das Abstellen auf die Umstände des jeweiligen Falles in Verbindung mit der Art des streitigen Schuldverhältnisses in den meisten Fällen eine hinreichend zuverlässige Bestimmung des Erfüllungsortes oder der Erfüllungsorte einer Verpflichtung.

Diese Aussage gilt — dies räume ich ein — für reine Zahlungsverpflichtungen nicht. Letztlich ist offenkundig, daß es die unterschiedlichen Regelungen waren, die in Europa in bezug auf den Ort, an dem diese Verpflichtung zu erfüllen war, bestanden haben, die zur kollisionsrechtlichen Methode geführt haben. Schuld daran ist das Urteil De Bloos. Die Lösung hätte von Anfang an darin bestehen müssen, für die Zwecke des Artikels 5 Nummer 1 nichts anderes als die charakteristische Verpflichtung aus dem jeweiligen Vertrag zu verwenden. Damit hätte man in der überwältigenden Mehrzahl der Fälle für Verfahrenszwecke einen den wesentlichen Bestandteilen des Vertrages nahen Erfüllungsort bezeichnen können. Jedoch bildete sich, um diese vernünftige Auslegung des Übereinkommens zu vermei-

66 — E. Jayme: Ein Klägergerichtsstand für den Verkäufer — Der EuGH verfehlt den Sinn des EuGVÜ, *IPrax*, 1995, S. 13 ff., insbes. S. 14.

67 — Vgl. hierzu E. Pocar: „Las competencias especiales del artículo 5 del Convenio en materia delictual y en materia de explotación de un establecimiento secundario", *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, a. a. O., S. 119 ff.

68 — Unter Verstoß gegen Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention und das darin verankerte Erfordernis einer Entscheidung „innerhalb einer angemessenen Frist".

den — die seinen Zielen völlig angemessen gewesen wäre — für jede Art von Schuldverhältnissen eine äußerst schwierig zu handhabende Auslegungsmethode heraus.

Daher bin ich der Ansicht, daß das Gericht für die Zwecke des Forum contractus davon auszugehen hat, daß der Erfüllungsort einer Verpflichtung der Ort ist, an dem die Leistung, die das betreffende Rechtsgeschäft charakterisiert, erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre.

104. Die von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache Custom Made vorgeschlagene Lösung beruht bereits auf einer autonomen Betrachtungsweise. Meines Erachtens kann jedoch die Sachnähe (ich ziehe — wie ich erläutert habe — den Ausdruck „Verknüpfung mit dem Rechtsstreit" vor), nicht ohne weiteres ein Kriterium für die Bestimmung des Forum executionis darstellen, sondern ist die wesentliche Rechtfertigung für die Schaffung dieses besonderen Gerichtsstands. Die Urheber des Übereinkommens hielten es für angebracht, die Möglichkeit zu eröffnen, eine Klage beim Gericht des Erfüllungsortes der streitigen Verpflichtung zu erheben, *weil* u. a. dieser Gerichtsstand in der Praxis die größte Sachnähe haben würde. Wäre gewollt gewesen, daß bei Verträgen und Ansprüchen aus Verträgen stets das Gericht mit der größten Sachnähe zuständig gewesen wäre, weshalb hätte man dies nicht ausgesprochen? [69]

105. Die Verknüpfung mit dem Rechtsstreit bildet zwar nicht als solche ein Auslegungskriterium, ist jedoch für das nationale Gericht ein Korrektiv und ein Anhaltspunkt, wenn in anderer Weise nicht zu beseitigende Zweifel am Erfüllungsort der Verpflichtung bestehen. Diese Fälle traten meistens in Verbindung mit bestimmten Verpflichtungen zur Lieferung einer beweglichen Sache auf. Ich bin jedoch überzeugt, daß in der großen Mehrzahl der Rechtsstreitigkeiten eine Untersuchung der Umstände des Einzelfalls im Zusammenhang mit der Art der betreffenden Verpflichtung genügt, um einen Erfüllungsort zu bestimmen, der mit angemessener Zuverlässigkeit den Zielen des Übereinkommens entspricht [70].

106. Ich denke daher, daß das Kriterium der „Nähe" nur die Rolle eines zusätzlichen Hilfsmittels bei der Auslegung des Begriffes „Ort" im Sinne des Übereinkommens spielen sollte. Meine Ansicht stützt sich nicht ausschließlich auf Argumente, die auf dem Wortlaut des Übereinkommens beruhen, so bedeutend sie auch sein mögen, sondern besitzt eine tiefere Rechtfertigung. Zum einen scheint mir der Begriff der „Sachnähe" wesentlich ungenauer als derjenige des „Erfüllungsortes" (der einfach nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls in Verbindung mit dem jeweiligen Rechtsverhältnis definiert wird), mit dem erheblichen Risiko einer Vervielfältigung der möglichen Gerichtsstände [71]. Zum anderen bin ich der Ansicht, daß jede Bestimmung — auch eine Verfahrensbestimmung — im Bereich des Vertragsrechts derart auszulegen ist, daß die Quelle der Schuldverhältnisse, der Parteiwille, best-

69 — E. Tichadou: Conventions internationales unifiant le droit matériel et détermination du lieu d'exécution au sens de l'article 5.1° de la Convention de Bruxelles, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1995, S. 87, insbes. § 17.

70 — Das Kriterium „Verknüpfung mit dem Rechtsstreit" kann auch dazu dienen, in Zweifelsfällen den örtlichen Bezug bloßer Zahlungsverpflichtungen zu ermitteln, solange die durch die Rechtsprechung De Bloos eingeführte Isolierung der Verpflichtungen nicht aufgegeben wird.

71 — „Die Verwendung anderer Kriterien als des Erfüllungsortes in Fällen, in denen dieser die Zuständigkeit eines Gerichts begründet, das nicht in einem Zusammenhang mit der Rechtssache steht, könnte nämlich die Vorhersehbarkeit des Gerichtsstands beeinträchtigen und würde damit der Zielsetzung des Übereinkommens zuwiderlaufen" (Urteil Custom Made, Randnr. 18).

möglich berücksichtigt wird. Will das Gericht den Erfüllungsort einer Verpflichtung bestimmen, so muß es offenkundig vor allem ermitteln, welches der Wille der Parteien, ohne deren Übereinstimmung die Verpflichtung nicht bestünde, ist oder welches genau er sein könnte. Läßt sich den Umständen des Falles im Hinblick auf die Natur des streitigen Rechtsverhältnisses entnehmen, welches der von den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte Erfüllungsort ist, so ist das so bestimmte Forum contractus neben der Rechtfertigung durch die vorhersehbare Sachnähe auch dadurch legitimiert, daß die Parteien es — und sei es auch nur mittelbar — vereinbart haben. Mit anderen Worten, der Beklagte kann vor dem Gericht des Erfüllungsortes der fraglichen Verpflichtung verklagt werden, weil er in gewisser Weise durch den Ausdruck seines Willens, den das Gericht zu ermitteln hat, der Schaffung dieses besonderen Gerichtsstandes zugestimmt hat. Über diese Legitimation verfügt offenkundig das Gericht nicht, das nur aufgrund des rein objektiven Umstandes seiner Sachnähe zuständig ist.

107. Wendet man dieses Kriterium auf den vorliegenden Fall an, so hätte das Gericht des ersten Rechtszugs sich nach Maßgabe der Daten, über die der Gerichtshof verfügt, anhand der Umstände des Falles und unter Berücksichtigung dessen, daß es sich um eine Verpflichtung zur Beförderung einer Sache in unbeschädigtem Zustand handelte, leicht herleiten können, daß für die Parteien eines Beförderungsvertrags der Erfüllungsort dieser Verpflichtung derjenige war, den sie als solchen vereinbart hatten. Dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens dürfte sich, ohne daß umfangreiche Erörterungen über das auf das konkrete Rechtsgeschäft anwendbare Recht anzustellen wären, entnehmen lassen, daß im Ladekonnossement als Bestimmungshafen Santos in Brasilien angegeben war. Aufgrund dieses Anhaltspunkts ist dieser Hafen als Erfüllungsort zu betrachten. Da die Gerichte eines Staates bestimmt worden sind, der nicht am Übereinkommen beteiligt ist, entfällt die besondere Zuständigkeit des Artikels 5. Soweit seine Zuständigkeit nicht anderweitig begründet ist, muß das französische Gericht seine Zuständigkeit verneinen. Ich möchte jedoch wiederholen, daß diese Untersuchung dem nationalen Gericht und nicht dem Gerichtshof obliegt.

108. Letztlich vereint der Gerichtsstand, der durch den Erfüllungsort einer vertraglichen Verpflichtung nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung des betreffenden Schuldverhältnisses bestimmt wird, die Vorteile einer autonomen Auslegung mit den Vorteilen der Anwendung eines einfachen und eindeutigen Kriteriums für alle Verträge. Als solcher führt er zu keiner größeren Zersplitterung der Zuständigkeiten als die Tessili-Technik, und er wahrt sowohl den Wortlaut als auch den Geist des Übereinkommens sehr genau. Die Zweifel, die sich bei seiner Bestimmung ergeben könnten, lassen sich nach dem Kriterium der Verknüpfung des Rechtsstreits mit einem konkreten Ort lösen, da dies das besondere Ziel des durch das Übereinkommen geschaffenen Forum contractus ist.

XIII — Ergebnis

109. Aus den dargelegten Gründen schlage ich vor, auf die Vorlagefrage wie folgt zu antworten:

Unter Erfüllungsort einer vertraglichen Verpflichtung im Sinne des Artikels 5 Nummer 1 des Brüsseler Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ist der Ort zu verstehen, der anhand der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Art des streitigen Rechtsverhältnisses bestimmt wird, wobei vermutet wird, daß dieser Ort mit demjenigen zusammenfällt, an dem die für das betreffende Rechtsgeschäft charakteristische Leistung erbracht worden ist oder zu erbringen wäre. Ergeben sich mehrere Orte, so ist demjenigen der Vorzug zu geben, der die engste Verknüpfung mit dem Rechtsstreit aufweist.