



Die vorliegende Monographie nimmt umfassend Stellung zum internationalen Vertragsgerichtsstand des revidierten Lugano-Übereinkommens sowie der Europäischen Gerichtsstandsverordnung, dessen Entstehung der Autor als schweizerischer Delegierter an den einschlägigen internationalen Verhandlungen unmittelbar erlebt und mitgeprägt hat. Die Auslegung des Vertragsgerichtstands ist in der heutigen Literatur hoch umstritten, die Rechtsprechung hat sich erst punktuell dazu geäußert. Kontrovers diskutiert wird dabei insbesondere das Verhältnis des Gerichtsstands zum materiellen Recht. Hier setzt der Autor den Schwerpunkt seiner Untersuchung; er beantwortet insbesondere die Frage, ob und wie weit das anwendbare materielle Recht zur Bestimmung des Gerichtsstands heranzuziehen ist. Er verbindet diese Untersuchung mit einer These zur Bestimmung eines «teilautonomen Lieferortsgerichtsstands» im Rahmen des Vertragsgerichtsstands nach rev. LugÜ/EuGVO. Der Vernehmlassungsentwurf zum IPRG wird darin einbezogen.

Der Autor Prof. Dr. iur. Alexander R. Markus ist Ordinarius für Schweizerisches und Internationales Zivilverfahrensrecht sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrecht an der Universität Bern.

ISBN 978-3-7190-2862-6



9 783719 028626

Markus Tendenzen beim materiellrechtlichen Vertragserfüllungsort
im internationalen Zivilverfahrensrecht



Alexander R. Markus

Tendenzen beim materiellrechtlichen Vertragserfüllungsort im internationalen Zivilverfahrensrecht



Helbing Lichtenhahn Verlag

Für Lena und Jonas

Vorwort und Dank

Das Inkrafttreten des revidierten Lugano-Übereinkommens steht unmittelbar bevor. Auch wenn die gleichlautende Europäische Gerichtsstandsverordnung bereits seit sechs Jahren in Kraft steht, so ist die Auslegung des neuen Vertragsgerichtsstands in der heutigen Literatur immer noch hoch umstritten. Kontrovers diskutiert wird insbesondere das Verhältnis des Gerichtsstands zum materiellen Recht. Spielt dieses eine Rolle bei der Gerichtsstandsbestimmung?

Eine kürzere rechtsvergleichende Darstellung der materiellrechtlichen Situation sowie des einschlägigen Kollisionsrechts bildet die Basis für diese Untersuchung. In enger Auseinandersetzung hauptsächlich mit der deutschen und schweizerischen Doktrin und Rechtsprechung prüft die vorliegende Arbeit sodann eingehend, wo und inwieweit staatsvertragsautonome und verfahrensrechtliche Kriterien die – gemeinhin als kompliziert empfundene – Heranziehung des materiellen Rechts obsolet machen, und wo dieses aus zwingenden Gründen nach wie vor seinen Einfluss auf den Gerichtsstand ausüben wird. Daraus ergibt sich ein «teilautonomer Lieferortsgerichtsstand», der zwar die unerlässlichen Vorgaben des materiellen Rechts berücksichtigt, im Vergleich zur «klassischen» Bestimmung nach den EuGH-Rechtsprechungen *Tessili* und *De Bloos* indessen wesentliche Vereinfachungen bringt. Diese Erkenntnisse können auch für die Auslegung eines zu revidierenden Vertragsgerichtsstands nach IPRG nutzbar gemacht werden.

Die vorliegende Arbeit ist Kern meiner Habilitationsleistung an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern. Grosser Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Daniel Girsberger, Rechtsanwalt, LL.M., Universität Luzern, der die Entstehung dieser Studie seit Beginn mit grossem Interesse mitverfolgt und mit vielen hilfreichen Anregungen begleitet hat. Danken möchte ich weiter Herrn Prof. Dr. Ivo Schwander, Rechtsanwalt, Universität St. Gallen, für sein Interesse und seine speditive Prüfung als Zweitgutachter. Dank schulde ich auch dem Bundesamt für Justiz, und zwar dem vormaligen Direktor, Herrn Prof. Dr. Heinrich Koller, Rechtsanwalt und Notar, und dessen Nachfolger, Herrn Dr. Michael Leupold, Rechtsanwalt, sowie Frau Prof. Dr. Monique Jametti Greiner, Fürsprecherin, Vizedirektorin: Sie haben im BJ und in dessen Direktionsbereich Privatrecht ein wissenschaftlich anregendes und interessiertes Umfeld geschaffen und gepflegt, das die – berufsbegleitende – Entstehung der vorliegenden Monographie wesentlich gefördert hat.

Januar 2009

Alexander R. Markus

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXIII

§ 1 Einleitung	1
---------------------------------	----------

§ 2 Funktionen des Erfüllungsorts im materiellen Recht und im Gerichtsstandsrecht: Konvergenzen, Divergenzen?	4
--	----------

A. Materieellrechtliche Funktion	4
B. Gerichtsstandsrechtliche Funktion	5
C. Divergenz der Funktionen, Konvergenz der Wertungen	6

Erster Teil:
Materielles Recht

§ 3 Materieellrechtlicher Erfüllungsort in nationalen Rechten	11
--	-----------

A. Nationales materielles Recht und internationale Vertragszuständigkeit .	11
B. Materielles schweizerisches Recht	11
I. Erfüllungs- und Erfolgsort	11
1. Verpflichtung und deren Inhalt	11
2. Holschuld, Versendungsschuld, Bringschuld	12
3. Erfüllungsort i.w.S.	14
II. Funktion und Bedeutung des Erfüllungsorts	14
1. Im materiellen Recht	14
2. Im Kollisionsrecht i.w.S.	15
III. Bestimmung des Erfüllungsortes	16
1. Übersicht zur gesetzlichen Regelung	16
2. Bestimmung aufgrund Parteiwillen (Art. 74 Abs. 1 OR)	17
a) Zustandekommen und Gültigkeit der Vereinbarung	17
b) Inhaltsermittlung und Auslegung der Vereinbarung	19
c) Konkludente Vereinbarung und Vertragsergänzung durch dispositives Recht	20
d) Verkehrssitte	21
e) Beispiele konkludenter Vereinbarungen nach Umständen und nach Verkehrssitte	22
f) Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	23
g) Allgemeine Geschäftsbedingungen	24
i) Einbezug von AGB	24
ii) Inhaltskontrolle	26
iii) Auslegung von AGB	26

h) Standardisierte Lieferklauseln	27
i) Mehrheit von Erfüllungsorten einer Verpflichtung	29
i) Allgemeines	29
ii) Alternative Erfüllungsorte	29
iii) Kumulative Erfüllungsorte	30
IV. Bestimmung nach dispositiver Regelung (Art. 74 Abs. 2 und 3 OR)	32
1. Stückschulden und «andere Schulden» (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 OR)	32
2. Geldschulden	34
3. Änderung des Erfüllungsorts bei Bringschulden	35
C. Materielles deutsches Recht	36
I. Funktion und Bedeutung des Erfüllungsorts	36
II. Bestimmung des Erfüllungsorts	36
1. Gesetzliche Regelung	36
2. Bestimmung aufgrund Parteiwillen (§ 269 Abs. 1 BGB)	37
a) Zustandekommen und Auslegung	37
b) Vertragsergänzung	37
c) Umstände und Verkehrssitte	39
d) Kaufmännisches Bestätigungsschreiben, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Lieferklauseln	40
3. Bestimmung aufgrund dispositiver Regelung (§ 269 BGB)	41
D. Materielles französisches Recht	42
I. Funktion und Bedeutung des Erfüllungsorts	42
II. Bestimmung des Erfüllungsorts nach dispositivem Recht	43
III. Bestimmung nach Parteiwillen	44
E. Ergebnis	45
§ 4 Erfüllungsort nach internationalem Einheitsrecht	47
A. Materielles Einheitsrecht und internationale Vertragszuständigkeit	47
B. Wiener Kaufrechtsübereinkommen	48
I. Zum Anwendungsbereich	48
II. Regelung des Erfüllungsorts	49
1. Inhalt der Regelung	49
2. Funktion und Bedeutung der Regelung	49
3. Bestimmung aufgrund Parteiwillen	50
a) Entstehung und Inhalt im Allgemeinen	50
b) Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	52
c) Allgemeine Geschäftsbedingungen	52
d) Standardisierte Lieferklauseln	53
4. Bestimmung nach dispositivem Staatsvertragsrecht	53

a) Waren	53
b) Geld	54
III. Zwischenergebnis	54
C. UNIDROIT-Principles	55
I. Zu Ursprung und Natur der UNIDROIT-Principles	55
II. Geltungsgrundlagen	55
III. Verstärkte Geltungsgrundlage kraft besonderer Verweisung durch das IPR	60
IV. Zum Anwendungsbereich	61
V. Regelung des Erfüllungsorts	62
1. Bestimmung aufgrund Parteiwillen	62
a) Zustandekommen der Erfüllungsortvereinbarung	62
i) Zustandekommen nach PICC oder nach anwendbarem staatlich gesetztem Recht?	62
ii) Zustandekommen nach PICC	64
iii) Vorrang der Erfüllungsortvereinbarung	65
b) Auslegung der Vereinbarung	65
c) Kaufmännisches Bestätigungsschreiben und AGB	66
2. Bestimmung nach dispositivem Recht	66
VI. Zwischenergebnis	67
D. «Europäisches Schuldvertragsrecht»	67
I. Gegenstand der Untersuchung	67
II. Begriff	68
III. Regelungen des Erfüllungsorts im bestehenden Gemeinschafts- privatrecht?	68
IV. Zukünftiges Europäisches Schuldvertragsrecht	69
1. Grundlagen und Wünschbarkeit	69
2. Politische Schritte in die Richtung eines Europäischen Schuld- vertragsrechts	71
V. Principles of European Contract Law	73
1. Hintergrund und Bedeutung	73
2. Geltungsgrundlagen	74
3. Anwendungsbereich	75
4. Regelung des Erfüllungsorts	76
a) Wortlaut und Auslegung	76
b) Bestimmung aufgrund Parteiwillen	76
c) Kaufmännisches Bestätigungsschreiben und AGB	77
d) Bestimmung nach dispositiver Regelung	78
VI. Zwischenergebnis	79
E. Folgerungen zum internationalen Einheitsrecht	79

§ 5 Zusammenfassende Würdigung	81
Zweiter Teil:	
Internationales Privatrecht	
§ 6 Zur Funktion des IPR im vorliegenden Zusammenhang	85
§ 7 Vertragsrechtliches IPR im Recht der EU	86
A. Römer Vertragsrechtsübereinkommen	86
I. Gegenstand und Rechtsnatur	86
II. Anwendungsbereich	87
III. Zum Inhalt	88
B. IPR im sekundären Gemeinschaftsrecht	89
C. Zur Revision des Römer Vertragsrechtsübereinkommens (Verordnung «Rom I»)	90
I. Kodifikation vertragsrechtlicher Kollisionsnormen?	90
II. Zum Inhalt der Revision	92
§ 8 Vertragsrechtliches IPR im schweizerischen Recht	94
§ 9 Ergebnis zum Internationalen Privatrecht	96
Dritter Teil:	
Verfahrensrecht	
§ 10 Internationale Vertragsgerichtsstände in nationalen Rechten	99
A. Einleitende Bemerkungen	99
B. Internationaler Vertragsgerichtsstand im schweizerischen Recht (zur Revision)	99
I. Zu Art. 113 IPRG	99
II. Hintergrund der Revision des Art. 113 IPRG	100
III. Art. 113 Vernehlassungswurf IPRG	101
1. Text	101
2. Alternativer Gerichtsstand	101
3. Konzentration des Gerichtsstands	102
4. Bestimmung des Erfüllungsorts <i>lege causae</i> oder <i>lege fori</i> ?	102
5. Anknüpfung am Erfüllungsort i.e.S. oder am «Lieferort»?	106
6. Zwischenergebnis	106
C. Internationaler Vertragsgerichtsstand im deutschen Recht	107
D. Internationaler Vertragsgerichtsstand im französischen Recht	108
E. Ergebnis	110

§ 11 Vertragsgerichtsstand in den Entwürfen eines Haager Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens	112
A. Einleitende Bemerkungen	112
B. Zum Hintergrund	112
C. Zum Vertragsgerichtsstand im Vorentwurf 1999	113
D. Vertragsgerichtsstand im Entwurf von 2001	114
I. Zu Hintergrund und Struktur des Entwurfs	114
II. Vertragsgerichtsstand und <i>Minimum Contacts</i> : vom Erfüllungsdenken zum <i>activity</i> -Denken	115
III. Zum Vertragsgerichtsstand nach Haager Entwurf	117
E. Ergebnis	119
§ 12 Vertragsgerichtsstand nach revidiertem LugÜ und EuGVO	121
A. Einleitende Bemerkungen	121
B. Auslegung des rev. LugÜ und der EuGVO	121
I. Grundsätze der Auslegung	121
II. Einheitliche Interpretation der Parallelinstrumente	123
C. Revision der LugÜ/EuGVÜ	127
I. Einleitende Bemerkung	127
II. Zum Ablauf der Revision	127
III. Vertragsgerichtsstand als Hauptmotiv der Revision	128
IV. Hauptpunkte des bisherigen Erfüllungsortsgerichtsstands nach LugÜ/EuGVÜ	129
1. Bestimmung des Erfüllungsorts auf der Stufe der einzelnen massgeblichen Verpflichtung (Rechtsprechung De Bloos)	129
2. Bestimmung nach der <i>lex causae</i> unter LugÜ/EuGVÜ (Rechtsprechung Tessili)	131
V. Kritikpunkte zum Erfüllungsortsgerichtsstand nach LugÜ/EuGVÜ	134
VI. Behandlung der Kritikpunkte in der Revision	136
D. Bedeutung, Einordnung und räumlicher Anwendungsbereich	137
E. Text und Aufbau des Art. 5 Ziff. 1	139
F. Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag	140
G. Warenkauf- und Dienstleistungsvertrag (Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO)	142
H. Massgebliche Verpflichtung: Ansiedlung des Gerichtsstands auf Stufe Vertrag oder Stufe der einzelnen Verpflichtung?	145
I. Problematik der Bestimmung auf Stufe der einzelnen Verpflichtung	145
II. Historische Betrachtung	147
III. Konzentration des Gerichtsstands und charakteristische Verpflichtung	149

1.	Auslegung des Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO	149
2.	Bestimmung der charakteristischen Verpflichtung bei komplexen Verträgen und bei Vertragskomplexen	150
3.	Zwischenergebnis	153
I.	Bestimmung des Erfüllungsortes für die charakteristische Verpflichtung (Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO)	155
I.	Fragestellung	155
II.	Historische Betrachtung	158
III.	Übersicht über die alternativen Bestimmungsmethoden	159
IV.	Erfüllungsortvereinbarung	161
1.	Vorrang vor der objektiven Bestimmung	161
2.	Bestimmung von Gültigkeit und Inhalt der Vereinbarung	163
a)	Nach Rechtsprechung sowie überwiegender Lehre in Deutschland und Österreich	163
b)	Nach EuGH i.S. Color Drack	164
c)	Alternativen zur Bestimmung nach materiellem Recht?	166
d)	Bestimmung nach materiellem Recht unverzichtbar	167
3.	Verfahrensrechtliche Grenzen der Erfüllungsortvereinbarung	170
a)	Umstrittene Gültigkeit des zugrundeliegenden Vertrags	170
b)	Abstrakte Erfüllungsortvereinbarungen	171
c)	Vereinbarung des Erfüllungsortes einer nicht-charakteristischen Verpflichtung	171
4.	Zwischenergebnis	173
V.	«Faktisch»-autonome Bestimmung: Konzepte und deren Grenzen	174
1.	Einleitende Bemerkungen	174
2.	Lageort-Konzept als «reines» Konzept der faktischen Bestimmung?	174
3.	Faktische Erfüllungskonzepte («tatsächliche Erfüllung»)	177
a)	Überwindung normativer Kategorien?	177
b)	Überwindung materiellrechtlicher Kategorien?	178
c)	Grenzen des Abstellens auf die tatsächliche Erfüllung	179
i)	Grenze Nr. 1: Anfängliche Vereinbarung des Erfüllungsortes	179
ii)	Grenze Nr. 2: Änderungsvereinbarung («Akzeptation» des Erfüllungsortes)	179
α)	Grundsatz der Akzeptation	179
β)	Gegenstand der Akzeptation bei nicht gehöriger Erfüllung/Teilerfüllung	181
γ)	Erfüllungsort i.w.S. als Gegenstand der Akzeptation	182
iii)	Grenze Nr. 3: Keine Erfüllung	183

d)	Neue Anknüpfungen des Erfüllungsorts in der Diskussion: Absende- oder Lieferort?	184
e)	Zwischenergebnisse	188
i)	Normative Bestimmung unvermeidbar	188
ii)	Neue, bewegliche Anknüpfung: Vom Erfüllungsort i.e.S. zum Lieferort	189
VI.	Normativ-teilautonome Lösung eines unbeweglichen Lieferorts- gerichtsstands	191
1.	Grundlegung des Lieferortskonzepts	191
a)	«Lieferort» nach der EuGH-Rechtsprechung Color Drack	191
b)	Bewegliches ca. unbewegliches Lieferortskonzept	191
i)	Pro memoria: Konzentration des Gerichtsstands	191
ii)	Voraussehbarkeit	192
iii)	Sach- und Beweisnähe	192
c)	Versendungsschuld, Bringschuld und andere Schulden: Lieferort als <i>Bridging Concept</i> :	194
i)	Versendungsschuld	194
ii)	Bringschuld	194
iii)	Andere Schulden	195
iv)	Lieferort als prozessualer Erfüllungsort: weiter Begriff	195
d)	Reduzierte Anwendung der <i>lex causae</i> bei der Bestimmung	196
2.	Sonderfragen des unbeweglichen Lieferortskonzepts	199
a)	Mehrheit von Lieferorten	199
i)	Dienstleistungen mit reiner Tätigkeitsverpflichtung	199
ii)	Lieferung von Waren an verschiedene Orte (Erfolgs- verpflichtungen; EuGH-Entscheidung Color Drack)	201
α)	Aus der Sicht des Verfahrensrechts	201
β)	Aus der Sicht des materiellen Rechts	205
b)	Lieferort bei elektronisch zu erbringender Leistung	206
3.	Abschliessende Bemerkung	207
VII.	Normativ-autonome Bestimmung	208
1.	Nach gemeineuropäischen materiellen Rechtsprinzipien	208
2.	Nach gemeineuropäischem Verfahrensrecht	210
J.	Vergleichende Beurteilung der Konzepte	211
I.	Einleitende Bemerkung	211
II.	Grammatikalische Beurteilung	211
1.	Bedeutung	211
2.	Faktische oder normative Bestimmung des Gerichtsstands?	211
3.	Traditionelles Erfüllungsorts- oder Lieferortsprinzip?	212
III.	Historische Beurteilung	213
IV.	Teleologische Beurteilung	214

1. Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit des Gerichtsstands . . .	214
a) Ausgangslage	214
b) «Faktische» Ansätze	214
c) Normative Lösungen	215
i) Abgrenzungsfragen	215
ii) Koordination über das IPR	216
iii) Divergenzen in den materiellen Rechtsordnungen	217
iv) Einheit der Rechtsordnung	218
2. Sach-, Beweis- und Rechtsnähe	219
a) Ausgangslage	219
b) Sach- und Beweisnähe	220
c) Rechtsnähe	221
3. Interesse der Parteien	221
V. Gemeinschaftsrechtliche Beurteilung	223
VI. Zusammenfassung der vergleichenden Betrachtung	224
K. Abgrenzung nach Art. 5 Ziff. 1 lit. c	224
I. Betreffend den sachlichen Anwendungsbereich	224
II. Betreffend den räumlichen Anwendungsbereich	227
§ 13 Zusammenfassung und Ergebnisse	229
A. Zusammenfassende Betrachtung	229
I. Materielles Recht	229
II. Internationales Privatrecht	230
III. Internationales Verfahrensrecht	230
B. Unbewegliche Lieferortsgerichtsstände nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO und Art. 113 Vernehmlassungsentwurf IPRG	232
C. Bedeutung des materiellen Rechts im Verfahrensrecht	235

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
aBV	(alte) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874
ABGB	(öst.) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch v. 1.6.1811
ABl. EG	Amtsblatt EG
Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	am Main
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
Bger	(Schweizerisches) Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz v. 17.6.05 über das Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BJ	Bundesamt für Justiz
BV	Schweizerische Bundesverfassung v. 18.4.1999
bzw.	beziehungsweise
ca.	contra
CC/F	(französischer) Code civil vom 21. März 1804
CISG	Wiener Übereinkommen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf
CL	Convention de Lugano
D	Deutschland
E	Erwägung
EG	Europäische Gemeinschaften
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (in der durch den Vertrag von Amsterdam geänderten und gemäss Art. 12 dieses Vertrags neu nummerierten und konsolidierten Fassung).
E-IPRG	Entwurf zum IPRG
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement

Abkürzungsverzeichnis

endg.	endgültig
et al.	et alii
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGVO	Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates v. 22. 12. 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen)
EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (Brüsseler Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil und Handelssachen)
EuR	Europarecht
EuZ	Zeitschrift für Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ev.	Eventuell
EVÜ	(Römer) Übereinkommen v. 19. 6. 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
F	Frankreich
f.	folgende
FamPra	Die Praxis des Familienrechts
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
fasc.	Fascicule
ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
GA	Generalanwalt
GestG	Gerichtsstandsgesetz (Bundesgesetz v. 24. 3. 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen)
ggf.	gegebenenfalls
gl. A.	gleicher Ansicht
gl. M.	gleicher Meinung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
HKÜ	Haager Übereinkommen vom 15. 6. 1955 über das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber

I	Italien
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.f.	in fine
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	Im weiteren Sinn
Incoterms	International Commercial Terms (der Internationalen Handelskammer)
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht
IHR	Internationales Handelsrecht
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
JUSTCIV	Justice civile (Bezeichnung von Ratsdokumenten)
JZ	Juristen Zeitung
Kap.	Kapitel
lit.	litera
LugÜ	Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	(Rand-) Note
nCPC	Nouveau Code de procédure civile (français) du 5.12.1975
Nr.	(Rand-) Nummer
NYÜ	Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958.
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.ä.	oder ähnlich
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911
öst.	österreichisch
Öst. OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	(UNIDROIT-) Principles of International Contract Law
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	Recht der Wirtschaft

Abkürzungsverzeichnis

resp.	respektive
rev. LugÜ/EuGVO	(das) revidierte Lugano-Übereinkommen vom 30.10.2007 und (die) Europäische Gerichtsstandsverordnung vom 22.12.2000
Rev. crit. dr. int.	
privé	Revue critique de droit international privé
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
s.	siehe
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des (Europäischen) Gerichtshofs
SR	Systematische Rechtssammlung (Schweiz)
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und europäisches Recht
u.a.	unter anderen (m)
u.a.m.	und andere(s) mehr
u.U.	unter Umständen
UCP	Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (der Internationalen Handelskammer)
URDG	Uniform Rules for Contract Guarantees (der Internationalen Handelskammer)
UWG	Bundesgesetz vom 19.12.1986 gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer

Abkürzungsverzeichnis

ZPO	Zivilprozessordnung
ZPO/D	Deutsche Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZvglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

Literaturverzeichnis

- ACOCELLA DOMENICO, Internationale Zuständigkeit sowie Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen im schweizerisch-italienischen Rechtsverkehr, Zürich 1989.
- AMSTUTZ MARC/VOGT NEDIM PETER/WANG MARKUS, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Kommentar Internationales Privatrecht, 2. Aufl. Basel 2007; 1. Aufl. Basel und Frankfurt a.M. 1996.
- ANWEILER JOCHEN, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt a.M. 1997.
- Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, jedenfalls gleichermaßen Verbindlichkeit aller Sprachversionen (1997), 146 ff.
- ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S./GNOS URS P., Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet unter Berücksichtigung unerlaubter Handlungen, AJP 2000, 277 ff.
- ATIK ZEYCAN, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Zivilverfahrensrecht, EuZW 22/2004, 686 ff
- BAJONS ENA-MARLIS, Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes: Rück- und Ausblick auf eine umstrittene Norm, Zu Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ und seiner revidierten Fassung in der Brüssel I-VO, SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), in: Festschrift REINHOLD GEIMER, München 2002, 15 ff.
- BAR CHRISTIAN VON, Ein gemeinsamer Referenzrahmen für das marktrelevante Privatrecht in der Europäischen Union, in: Festschrift ERIK JAYME, München 2004, 1217 ff.
- BAR CHRISTIAN VON/ZIMMERMANN REINHARD, Kommission für Europäisches Vertragsrecht, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil III, München 2005.
- Kommission für Europäisches Vertragsrecht, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil I und Teil II, München 2002.
- BASEDOW JÜRGEN, Die UNIDROIT-Prinzipien der Internationalen Handelsverträge und das deutsche Recht, Gedächtnisschrift Alexander Lüderitz, München 2000, 1 ff.
- BAUMGARTNER SAMUEL P, The Proposed Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments, Tübingen 2003.
- BÉNABENT ALAIN, Droit civil, Les obligations, 10. Aufl. Paris 2005.
- BENICKE CHRISTOPH, in: KRONKE HERBERT/MELIS WERNER/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, Köln 2005.
- BERGER BERNHARD, in: KELLERHALS FRANZ/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Bern 2005.
- BERTI STEPHEN, Zur einheitlichen Auslegung des Luganer-Übereinkommens, Mitteilungen aus dem Institut für zivilgerichtliches Verfahren in Zürich Nr. 14, Zürich 1992, 7 ff.
- BISCHOF THOMAS, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Zürich 1997.
- BLOCHER CHRISTOPH, Die Europäisierung des Zivil- und Handelsrechts und die Schweiz, ZEuP 2005, 1 ff.
- BOELE-WOELKI KATHARINA, Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge, IPRax 1997, 161 ff.
- BONELL MICHAEL JOACHIM, UNIDROIT-Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, Uniform Law Review 2004, 5 ff.

- BORRAS ALEGRIA/MARKUS ALEXANDER R./TAGARAS HARIS: 1st Report on the national case-law relating to the Lugano Convention, IPRax 2001, 262 ff.
- BOT YVES, GA, Schlussanträge v. 15.2.2007 in EuGH Color Drack, Rs. C-386/05.
- BRANDENBERG BRANDL BEATRICE, Direkte Zuständigkeit der Schweiz im internationalen Schuldrecht, St.Gallen 1991
- BREDOW JENS/SEIFFERT BODO, INCOTERMS 2000, Bonn 2000.
- BRIGGS ADRIAN, Civil Jurisdiction and Judgments, 4. Aufl. London/Singapur 2005.
- BRÖDERMANN ECKART, Die erweiterten UNIDROIT Principles 2004, RIW 2004, 721 ff.
- BROGGINI GERARDO, Was bedeutet heute gemeineuropäisches Vertragsrecht? ZfRv 6/1997, 221 ff.
- Zuständigkeit am Ort der Vertragserfüllung, in: SCHWANDER IVO (Hrsg.), Das Lugano-Übereinkommen, St. Gallen 1990, 111 ff.
- BRUNEAU CHANTAL, Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale, La semaine juridique 2001, 533 ff.
- BUCHER ANDREAS, La Convention de La Haye sur les accords d'élection de for, SZIER 2006, 29 ff.
- Vers une convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers, SJ 2000, 77 ff.
- BUCHER ANDREAS/ BONOMI ANDREA, Droit international privé, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2004.
- BUCHER EUGEN, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG, Obligationenrecht I, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 4. Aufl. Basel/Genf/München 2007.
- Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, Mélanges en l'honneur de HENRI DESCHENAUX, Fribourg 1977, 249 ff.
 - England und der Kontinent, Zur Andersartigkeit des Vertragsrechts – die Gründe, und zu *consideration*, ZvglRWiss 105 (2006) 164 ff.
 - Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich 1988.
 - Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1988.
- BUCHNER BENEDIKT, Kläger- und Beklagtenschutz im Recht der internationalen Zuständigkeit, Tübingen 1998.
- BÜHLER THEODOR, Kommentar Obligationenrecht, Teilband V 2d, Der Werkvertrag, Zürich 1998.
- BURKART FABIAN, Interpretatives Zusammenwirken von CISG und UNIDROIT Principles, Baden-Baden 2000.
- CADIET LOÏC, Droit judiciaire privé, 3. Aufl. Paris 2003.
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Stellung der «UNIDROIT Principles» und der «Principles of European Contract Law» im System der Rechtsquellen, in: BASEDOW JÜRGEN, Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen 2000, 5. ff.
- CZERNICH DIETMAR, Der Erfüllungsgerichtsstand im neuen Europäischen Zuständigkeitsrecht, Wirtschaftsrechtliche Blätter, 16. Jg., 08.2002, 337 ff.
- in: CZERNICH DIETMAR/TIEFENTHALER STEFAN/KODEK GEORG E., Kurzkommentar Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht: EuGVO und Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl. Wien 2003.
- DASSER FELIX, Mouse or Monster? Some Facts and Figures on the lex mercatoria, in: ZIMMERMANN REINHARD, Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, Tübingen 2008, 129 ff.
- DE LIND VAN WIJNGAARDEN-MAACK MARTINA, Internationale Zustellung nach der EuZVO und internationale Zuständigkeit bei Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Exklusivvertriebsvertrages, IPRax 2004, 212 ff.

- DECKERT MARTINA, Paradigmenwechsel im Privatrecht – Vom Punktuellen zum Systematischen, in: FURRER ANDREAS (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, Bern 2006, 85 ff.
- DESSEMONTET FRANÇOIS, L'utilisation des Principes UNIDROIT dans le cadre de la pratique contractuelle et de l'activité arbitrale – L'exemple de la Suisse, in : CASHIN RITAINE ELEANOR/LEIN EVA (Hrsg.), *The UNIDROIT Principles 2004*, Zürich 2007, 159 ff.
- DIETZE JAN/SCHNICHELS DOMINIK, Die Rechtsprechung des EuGH zum EuGVÜ und zur EuGVVO im Jahre 2004, *EuZW* 2005, 552 ff.
- DONZALLAZ YVES, *La Convention de Lugano*, Volume III, Berne 1998.
- Le for contractuel de l'art. 5 ch. 1 CL dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, *ZBJV* 1999, 381 ff.
 - *La Convention de Lugano*, tome III, Bern 1998.
- DOUCHY-ODOT MÉLINA, *Compétence*, in: *Répertoire de procédure civile*, 2. Aufl. Paris (Dalloz) 1978 (Stand 2006).
- DROZ GEORGES A.L., *Delendum est forum contractus?* *Recueil Dalloz Sirey* 41/1997, S. 351 ff.
- DUTOIT BERNARD, *Droit international privé suisse*, 4. Aufl. Basel/Genf/München 2005.
- *Guide pratique de la compétence des tribunaux et de l'exécution des jugements en Europe*, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, le règlement «Bruxelles I», Genf 2007.
 - *Le droit des contrats face à la globalisation des relations humaines*, in: TERCIER PIERRE/AMSTUTZ MARC/KOLLER ALFRED/SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT (Hrsg.), *Festschrift PETER GAUCH*, Zürich 2004, 379 ff.
- EG-KOMMISSION, *Vorschlag v. 14. 7. 1999 für eine Verordnung (EG) des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, KOM (1999) endg.
- ELTZSCHIG JAN, Art. 5 Nr. 1b EuGVO: Ende oder Fortführung von forum actoris und Erfüllungsortbestimmung lege causae? *IPRax* 2002, 491 ff.
- EHRlich DIETMAR, in: KRONKE HERBERT/MELIS WERNER/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht*, Köln 2005.
- EMDE RAIMOND, *Heimatgerichtsstand für Handelsvertreter und andere Vertriebsmittler?* *RIW* 2003, 505 ff.
- FAGES BERTRAND, *Droit du contrat*, Paris 2004.
- FECHNER GERHARD, *Erfüllungsort-, Gerichtsstand- und Transportklauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Wirtschaft*, Freiburg im Breisgau 1976.
- FELLMANN WALTER, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bd. VI, *Das Obligationenrecht*, 4. Teilband, *Der einfache Auftrag*, Bern 1992.
- FERID MURAD/SONNENBERGER HANS JÜRGEN, *Das Französische Zivilrecht*, Bd. 1/1, Teil 1, 2. Aufl. Heidelberg 1994.
- *Das Französische Zivilrecht*, Bd. 2, 2. Aufl. Heidelberg 1986.
- FERRARI FRANCO, *Zur autonomen Auslegung der EuGVVO*, insbesondere des Begriffs des «Erfüllungsortes der Verpflichtung» nach Art. 5 Nr. 1 lit. b, *IPRax* 2007, 61 ff.
- FURRER ANDREAS, *AGB als Stolpersteine in der Vertragsgestaltung: die KMU-Problematik*, in: GIRSBERGER DANIEL/SCHMID JÖRG, *Rechtsfragen rund um die KMU*, Zürich 2003, 69 ff.
- *Das Lugano-Übereinkommen als europarechtliches Instrument*, *Das Luganer Konvergenzsystem auf dem Prüfstand von Praxis und Politik*, *AJP* 1997, 486 ff.
 - *Das werdende Europäische Privatrecht*, *SZIER* 2005, 239 ff.

- Der Einfluss der EuGH-Rechtsprechung auf das schweizerische Wirtschaftsprivatrecht, SZIER 2006, 311 ff.
 - Gestaltungsspielräume im Europäischen Vertragsrecht – Vier Thesen für die schweizerische Rechtspraxis, SZIER 2004, 509 ff.
 - Internationales Zivilprozessrecht im Wandel – Quo vadis? SJZ 98 (2002) 141 ff.
 - Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext – Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht, Bern 2002.
- FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/SCHRAMM DOROTHEE, Internationales Privatrecht I, Zürich 2006.
- FURRER ANDREAS/SCHRAMM DOROTHEE, Die Auswirkungen des neuen Entsendegesetzes auf das schweizerische IZPR, SZIER 2003, 37 ff.
- Zuständigkeitsprobleme im europäischen Vertragsrecht. Die neuesten Entwicklungen zu Art. 5 Ziff. 1 LugÜ / EuGVÜ, SJZ 99 (2003), 105 ff., 137 ff.
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. Aufl. Zürich 1996.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I und II, 9. Aufl. Zürich 2008.
- GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, Compétence et exécution des jugements en Europe, 3. Aufl. Paris 2002.
- Le for contractuel en droit européen: les étapes d'un développement controversé, in: La Convention de Lugano, nella pratica forense e nel suo divenire, Basel/Genf/München 2004, 191 ff.
- GAUTSCHI GEORG, Kommentar Obligationenrecht, 2. Abteilung 3. Teilband, Der Werkvertrag, Bern 1967.
- GEHRI MYRIAM, Wirtschaftsrechtliche Zuständigkeiten im internationalen Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 2002.
- GEIMER REINHOLD, Internationales Zivilprozessrecht, Köln 2005.
- GEIMER REINHOLD/SCHÜTZE ROLF A., Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. München 2004.
- Internationale Urteilsanerkennung, Bd. I, 1. Halbband, München 1983.
- GIRSBERGER DANIEL, Bedeutung des Internets für den Vertragsgerichtsstand, in: JÖRG FLORIAN S./ARTER OLIVER, Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Bern 2003, 73 ff.
- Erfolg mit dem Erfolgsort bei Vermögensdelikten? in: Liber Amicorum KURT SIEHR, Den Haag 2000, 219 ff.
 - The Internet and Jurisdiction Based on Contracts, European Journal of Law Reform, 2002, 165 ff.
- GIRSBERGER DANIEL/SCHRAMM DOROTHEE, Entwicklungen im schweizerischen internationalen Privatrecht, SJZ 2005, 91 ff.
- GIULIANO MARIO/LAGARDE PAUL, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, Abl. C 282 v. 31.10.1980, 1 ff.
- GOTTWALD PETER, Internationale Zuständigkeit kraft «business activities», in: SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), Festschrift REINHOLD GEIMER, München 2002, 231 ff.
- in: LÜKE GERHARD/WAX PETER (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. München 2001.
 - in: LÜKE GERHARD/WAX PETER (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Aktualisierungsband, 2. Aufl. München 2002.
- GRABAU FRITZ-RENÉ/HENNECKA JÜRGEN, Entwicklung des weltweiten Zuständigkeits- und Anerkennungsübereinkommens – Aktueller Überblick, RIW 2001, 569 ff.
- GRUNDMANN STEFAN, Europäisches Schuldvertragsrecht, Berlin/New York 1999.
- Europäisches Schuldvertragsrecht, NJW 2000, 14 ff.

- Europäisches Vertragsrecht – Quo vadis? JZ 2005, 860 ff.
- Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, Tübingen 2004.
- GSELL BEATE, Autonom bestimmter Gerichtsstand am Erfüllungsort nach der Brüssel I-Verordnung, IPRax 2002, 484 ff.
- HACKENBERG ULF, Der Erfüllungsort von Leistungspflichten unter Berücksichtigung des Wirkungsortes von Erklärungen im UN-Kaufrecht und der Gerichtsstand des Erfüllungsortes im deutschen und europäischen Zivilprozessrecht, Hamburg 2000.
- HAGER GÜNTER/BENTELE FLORIAN, Der Lieferort als Gerichtsstand – zur Auslegung des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO, IPRax 2004, 73 ff.
- HAU WOLFGANG, Der Vertragsgerichtsstand zwischen judizieller Konsolidierung und legislativer Neukonzeption, IPRax 2000, 354 ff.
- Zum Vertragsgerichtsstand für Rückforderungsklagen nach Legalzession, IPRax 2006, 507 f.
- HEINI ANTON, in: GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON/KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL (Hrsg.), Kommentar zum IPRG, Zürich 2004.
- HENK ALEXANDER, Die Haftung für culpa in contrahendo im IPR und IZVR, Berlin 2007.
- HERBER ROLF, «Lex mercatoria» und «Principles» – gefährliche Irrlichter im internationalen Kaufrecht, IRH 2003, 1 ff.
- HESS BURKHARD, Methoden der Rechtsfindung im Europäischen Zivilprozessrecht, IPRax 2006, 348 ff.
- HEUTGER VIOLA, Die Aktualität der « UNIDROIT-Prinzipien » – zur Neuauflage 2004, Jusletter 29. November 2004.
- HEUZÉ VINCENT, De quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, rev. Crit. D.i.p. 89 (2000) 595 ff.
- HONDIUS EWOUT, CISG and a European Civil Code, RabelsZ 2007, 99 ff.
- HUET ANDRÉ, Convention de vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises et compétence des tribunaux en droit judiciaire européen, in: Le droit international privé, Mélanges PAUL LAGARDE, Paris 2005, 417 ff.
- HUGUENIN CLAIRE, Ein neues Obligationenrecht für die Schweiz? NZZ v. 16.2.2007.
- Europäisches Vertragsrecht auf dem Weg vom Konsumentenrecht zum Allgemeinen Vertragsrecht, in: KELLERHALS ANDREAS (Hrsg.), Einführung ins europäische Wirtschaftsrecht, Zürich 2003, 173 ff.
- JAMETTI GREINER MONIQUE, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2003, ZBJV 2005, 32 ff.
- Die Revision des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens, AJP 1999, 1135 ff.
- Gli sviluppi future della Convenzione di Lugano, in: Convenzione di Lugano nella pratica forense nel suo divenire, Lugano 2004, 251 ff.
- Neues Lugano-Übereinkommen: Stand der Arbeiten, Internationales Zivil- und Verfahrensrecht 2, Zürich 2003, 113 ff.
- JANSSEN ANDRÉ, Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in internationale Kaufverträge, IHR 2004, 194 ff.
- JAYME ERIK, Ein Klägergerichtsstand für den Verkäufer – Der EuGH verfehlt den Sinn des EuGVÜ, IPRax 1995, 13 ff.
- JAYME ERIK/KOHLER CHRISTIAN, Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe, IPRax 6/2004, 481 ff.
- Europäisches Kollisionsrecht 2006: Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee, IPRax 2006, 537 ff.

- JEGHER GION, Luganer Gerichtsstand am Erfüllungsort – Quo vadis? In: «nur aber immerhin», Festgabe ANTON K. SCHNYDER, Zürich 2002, 117 ff.
- JENARD PAUL, Bericht zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Abl. EG 1979, C 59, 1 ff.
- JENARD PAUL/MÖLLER GUSTAF, Bericht zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, geschlossen in Lugano am 16. September 1988, Abl. EG 1990, C-189/57.
- JÖRG FLORIAN S., Ein kritischer Blick auf den Entwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2002, 165 ff.
- JUENGER FRIEDRICH K., Eine Haager Konvention über die Urteilsanerkennung, Gedächtnisschrift ALEXANDER LÜDERITZ, München 2000, 329 ff.
- JUNG PETER, Der Einfluss der UNIDROIT Principles auf das Gemeinschaftsrecht, in: CASHIN RITAINE ELEANOR/LEIN EVA (Hrsg.), The UNIDROIT Principles 2004, Zürich 2007, 77 ff.
- JUNKER ABBO, Vom Brüsseler Übereinkommen zur Brüsseler Verordnung – Wandlungen des Internationalen Zivilprozessrechts, RIW 2002, 569 ff.
- KANNOWSKI BERND/GERLING LEIF, Zum internationalen Gerichtsstand der Kaufpreisklage im Wechselspiel von EuGVVO und UN-Kaufrecht, IHR 2008, 2 ff.
- KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, Le Règlement «Bruxelles I», Jusletter 5.2.2001.
- KEGEL GERHARD, Was ist gewöhnlicher Aufenthalt? In: BECKER JÜRGEN/HILTY RETO/STÖCKLI JEAN-FRITZ/WÜRTEMBERGER THOMAS (Hrsg.), Festschrift MANFRED REHBINDER, München/Bern 2002, 699 ff.
- KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, in: GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON/KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL (Hrsg.), Kommentar zum IPRG, Zürich 2004.
- KELLER MAX/SIEHR KURT, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986.
- KESSEDIAN CATHERINE, Le passé et l'avenir du droit international privé européen dans le cadre de l'intégration de l'Union européenne, Revue des Affaires Européennes 4/2001–2002, 411 ff.
- KIENINGER EVA-MARIA, Koordination, Angleichung und Vereinheitlichung des Europäischen Vertragsrechts, SZIER 2004, 483 ff.
- Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, Tübingen 2002.
- KIENLE FLORIAN, Eine ökonomische Momentaufnahme zu Art. 5 Nr. 1 lit. b) EuGVVO, IPRax 2005, 113 ff.
- KILLIAS LAURENT, Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2004), SZIER 2005, 685 ff.
- KLEMM MICHAEL, Erfüllungsortsvereinbarungen im Europäischen Zivilverfahrensrecht, Jena 2005.
- KÖHLER HELMUT, Das Verfahren des Vertragsschlusses, in: BASEDOW JÜRGEN (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen 2000, 33 ff.
- KOHLER CHRISTIAN, Die Revision der Brüsseler und des Luganer Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen – Generalia und Gerichtsstandsproblematik, in: GOTTWALD PETER (Hrsg.), Revision des EuGVÜ – Neues Schiedsverfahrensrecht, Bielefeld 2000, 1 ff.
- Verständigungsschwierigkeiten zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und IPR, in: Festschrift ERIK JAYME, München 2004, 444 ff.
- Vom EuGVÜ zur EuGVVO: Grenzen und Konsequenzen der Vergemeinschaftung, in: SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), Festschrift REINHOLD GEIMER, München 2002, 461 ff.
- KOLLER ALFRED, Kommentar Obligationenrecht, Bd. VI./2.,3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Bern 1998.

- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1 und 2, Bern 2006.
- KRAMER ERNST A., Die Gültigkeit der Verträge nach den UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, ZeuP 1999, 209 ff.
- KROPHOLLER JAN, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl. Heidelberg 2005.
- KROPHOLLER JAN/VON HINDEN MICHAEL, Die Reform des europäischen Gerichtsstands am Erfüllungsort (Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ), in: Gedächtnisschrift ALEXANDER LÜDERITZ, München 2000, 401 ff.
- KRÜGER WOLFGANG, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 2003.
- KUBIS SEBASTIAN, Gerichtsstand am Erfüllungsort: Erneute Enttäuschung aus Luxemburg, ZEuP 2001, 737.
- LANDO OLE, A Global Commercial Code, RIW 2004, 161 ff.
- Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts, in: *RebelsZ* 2003, 231 ff.
- Der Aktionsplan der EG-Kommission zum europäischen Vertragsrecht, RIW 2005, 1 ff.
- LANDO OLE/BEALE HUGH, Principles of European Contract Law, Den Haag/London/Boston 2000.
- LE BAYON ALAIN, Compétence territoriale (fasc. 211), *Juris-Classeur de Procédure civile*, Editions du Juris-classeur, Paris 1974- (2001).
- LÉGER PAUL, GA, Schlussanträge vom 16.3.1999 in EuGH v. 5.10.99 *Leathertex*, Rs. 420/97 (Slg. 1999, I-6748).
- LEHNE KLAUS-HEINER, Auf dem Weg zu einem Europäischen Vertragsrecht, ZeuP 2007, 1 ff.
- LEHNER DOMINIK, Erfüllungsort und Gerichtsstand für Geldschulden im nationalen Recht und im internationalen Einheitsrecht, Basel 1991.
- LEIBLE STEFAN, Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung, *EuZ* 2006, 78 ff.
- Einführung zu: Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht, München 2004, 1 ff.
- in: RAUSCHER THOMAS (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. München 2006.
- LEIBLE STEFAN/REINERT CHRISTIAN, Anmerkung zu EuGH v. 3.5.2007 *Color Drack* (Rs. C-386/05), *EuZW* 2007, 372 f.
- LEIBLE STEFAN/SOMMER ERIK, Tücken bei der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit nach der EuGVO, *IPRax* 2006, 568 ff.
- LEIN EVA, La portée pratique des Principes UNIDROIT: une perspective allemande, in: CASHIN RITAINE ELEANOR/LEIN EVA (Hrsg.), *The UNIDROIT Principles 2004*, Zürich 2007, 169 ff.
- LEIPOLD DIETER, Internationale Zuständigkeit am Erfüllungsort – das Neueste aus Luxemburg und Brüssel, in: SCHACK HAIMO (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für ALEXANDER LÜDERITZ*, München 2000, 431 ff.
- LENZ CARL OTTO, GA, Schlussanträge v. 8.3.1994 zu EuGH v. 29.6.1994 *Custom Made Commercial*, Rs. 288/92 (Slg. 1994–6, I-2915 ff.)
- LEU URS, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG, *Obligationenrecht I*, 4. Aufl. Basel/Genf/München 2007.
- LEUMANN LIEBSTER PASCAL, Teilzuständigkeit des schweizerischen Scheidungsgerichts bei Aufenthaltswechsel des Kindes ins Ausland, *FamPra* 2002, 511 ff.
- LEVANTE MARCO, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, St.Gallen/Lachen 1998.
- LOOSCHELDERS DIRK, Internationale Zuständigkeit aus Darlehen nach dem EuGVÜ, *IPRax* 2006, 14 ff.
- LUDWIGS MARKUS, Harmonisierung des Schuldvertragsrechts in Europa – Zur Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeit für eine Europäisierung des Privatrechts, *EuR* 2006, 370 ff.

Literaturverzeichnis

- MÄCHLER-ERNE MONICA/WOLF-METTIER SUSANNE, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), *Kommentar Internationales Privatrecht*, 2. Aufl. Basel 2007.
- MAGNUS ULRICH, *Das UN-Kaufrecht und die Erfüllungsortzuständigkeit in der neuen EuGVO*, IHR 2002, 45 ff.
- Die UNIDROIT Principles und die Wiener Kaufrechtskonvention, in: CASHIN RITAINE ELEANOR/LEIN EVA (Hrsg.), *The UNIDROIT Principles 2004*, Zürich 2007, 57 ff.
 - *Europäisches Vertragsrecht und materielles Einheitsrecht*, in: *Festschrift ERIK JAYME*, München 2004, 1307 ff.
- MAINGUY DANIEL, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, Fasc. 60: *Condition générales de vente et contrats-types*, 31.12.2001.
- MANDANIS IRIS, *Zur Revision des Lugano-Übereinkommens im Bereich der direkten Zuständigkeit*, SZPP 2007, 310 ff.
- MANKOWSKI PETER, *Das Internet im internationalen Vertrags- und Deliktsrecht*, *RabelsZ* 1999, 203 ff.
- *Die Lehre der doppelrelevanten Tatsachen auf dem Prüfstand der internationalen Zuständigkeit*, *IPRax* 2006, 454 ff.
 - *Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht*, *RIW* 2005, 561 ff.
 - in: MAGNUS ULRICH/MANKOWSKI PETER (Hrsg.), *Brussels I Regulation (European Commentaries on Private International Law)*, München 2007.
 - *Mehrere Lieferorte beim Erfüllungsortgerichtsstand unter Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO*, *IPRax* 2007, 404 ff.
 - *Stillschweigende Rechtswahl und wählbares Recht*, in: LEIBLE STEFAN (Hrsg.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, München 2004, 63 ff.
- MARKUS ALEXANDER R., *Der schweizerische Vorbehalt nach Protokoll Nr. 1 Lugano-Übereinkommen: Vollstreckungsaufschub oder Vollstreckungshindernis?* *ZBJV* 1999, 57 ff.
- *Der Vertragsgerichtsstand gemäss Verordnung «Brüssel I» und revidiertem LugÜ nach der EuGH-Entscheidung Color Drack*, *ZSR* 2007, 319 ff.
 - *Die Konsumentenzuständigkeiten der EuGVO und des revidierten LugÜ, besonders im E-Commerce*, *ZZZ* 2004, 181 ff.
 - *Neue Entwicklungen im internationalen Zuständigkeitsrecht*, in: GAUCH PETER/THÜRER DANIEL (Hrsg.), *Zum Gerichtsstand in Zivilsachen*, Zürich 2002, 127 ff.
 - *Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano: Zu den Hauptpunkten*, *SZW* 1999, 205 ff.
- MARMISSE ANNE, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, *Limoges (Pulim)* 2000.
- MARTINY DIETER, *Internationale Zuständigkeit für «vertragliche Streitigkeiten»*, in: SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), *Festschrift REINHOLD GEIMER*, München 2002, 641 ff.
- *Neue Impulse im Europäischen Internationalen Vertragsrecht*, *ZeUP* 2006, 60 ff.
 - *Objektive Vertragsanknüpfung und Form*, in: LEIBLE STEFAN (Hrsg.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, München 2004, 109 ff.
- MASMEJAN DENIS, *La localisation des personnes physiques en droit international privé (thèse Lausanne)*, *Renens* 1994.
- MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, *RabelsZ* 2007, 225 ff.
- MAYER ULRICH C., *Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge*, *AJP* 1998, 499 ff.
- MEIER ANDREAS L., *Die Anwendung des Haager Beweisübereinkommens in der Schweiz*, *Basel* 1999.

- MEIER ISAAK, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl. Zürich 2005.
- MEIER RICHARD, Der Erfüllungsort nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Schaffhausen 1919.
- MEZGER ERNST, Drei Jahre EG-Zuständigkeits- und Vollstreckungsübereinkommen in Frankreich, RIW 1976, 345 ff.
- MICHAELS RALF, Privatautonomie und Privatkodifikation, Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien, RabelsZ 1998, 581 ff.
- MICKLITZ HANS-W., Rechtsprechungübersicht zum Europäischen Verbraucherrecht, EWS 2006, 1 ff.
- MICKLITZ HANS-W./ROTT PETER, Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001, EuZW 2001, 325 ff.
- NAGEL HEINRICH/GOTTFALD PETER, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. Köln 2007.
- NAJORK EIKE/SCHMIDT-KESSEL MARTIN, Der Aktionsplan der Kommission für ein kohärenteres Vertragsrecht: Überlegungen zu den von der Kommission vorgeschlagenen Massnahmen, GPR 2003–04, 5 ff.
- NEUMANN SYBILLE/ROSCH WOLFGANG: Ein Lehrstück zu Art. 13 EuGVÜ? IPRax 2001, 257 ff.
- NEWTON JUSTIN, The Uniform Interpretation of the Brussels and Lugano Conventions, Oxford/Portland 2002.
- NORDMEIER CARL FRIEDRICH, Internationale Zuständigkeit portugiesischer Gerichte für die Kaufpreisklage gegen deutsche Käufer: Die Bedeutung der INCOTERMS für die Bestimmung des Lieferortes nach Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO, IPRax 2008, 275 ff.
- OBERHAMMER PAUL, in: DASSER FELIX/OBERHAMMER PAUL (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008.
- OBERHAMMER PAUL/SLONINA MICHAEL, Grenzüberschreitende Gewinnzusagen im europäischen Prozess- und Kollisionsrecht: Gabriel, Engler und die Folgen, in: Festschrift PELAYIA YESSIOU-FALTSI, Athen/Thessaloniki 2007, 419 ff.
- OVERBECK ALFRED E VON., Interprétation traditionnelle de l'article 5.1. des conventions de Bruxelles et de Lugano: le coup de grâce?, E pluribus unum, Liber amicorum GEORGES A.L. DROZ, The Hague/Boston/London 1996, 287 ff.
- PALANDT OTTO (-Autorenname), Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl. München 2003.
- PÅLSSON LENNART, The Unruly Horse of the Brussels and Lugano Conventions: The Forum Solution, in: Festschrift OLE LANDO, Kopenhagen 1997, 259 ff.
- PATOCCHI MICHELE/GEISINGER ELLIOTT, Internationales Privatrecht, Zürich 2000.
- PFEIFFER THOMAS, Vereinheitlichung des Richtlinienkollisionsrechts und Absicherung gemeinschaftsrechtlicher Standards, in: LEIBLE STEFAN (Hrsg.), Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht, München 2004, 25 ff.
- PILTZ BURGHARD, Gerichtsstand des Erfüllungsortes in UN-Kaufverträgen, IHR 2006, 53 ff.
– Vom EuGVÜ zur Brüssel I-Verordnung, NJW 2002, 789
- POCAR FAUSTO, Brüssel I, in: RAT DER EUROPÄISCHEN UNION, Bürgerliches Recht, Brüssel 2004, 9 ff.
– (Draft) Explanatory Report, Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Milano 2008.
- PORTMANN URS, Alles was Recht ist – Die Rechtswahl der UNIDROIT-Prinzipien und deren Lückenfüllung im schweizerischen IPRG, in: CASHIN RITAINE ELEANOR/LEIN EVA (Hrsg.), The UNIDROIT Principles 2004, Zürich 2007, 191 ff.
- RAUSCHER THOMAS, Verpflichtung und Erfüllungsort in Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ, München 1984.
- REICH NORBERT, Auf der Suche nach dem Europäischen Privatrecht? In: FURRER ANDREAS (Hrsg.), Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs, Bern 2006, 371 ff.

- REMIEN OLIVER, Europäisches Privatrecht als Verfassungsfrage, EuR 2005, 699 ff.
- Verwirrspiele und Klärungsversuche in Sachen Europäisches Privatrecht, in: FURRER ANDREAS (Hrsg.), Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs, Bern 2006, 125 ff.
- RODRIGUEZ RODRIGO, Beklagtenwohnsitz und Erfüllungsort im europäischen IZPR, Zürich 2005.
- Die Revision des Brüsseler und Lugano-Übereinkommens im Kontext der Europäisierung von IPR und IZPR, Jusletter 4. Februar 2002.
- ROMANO GIAN PAOLO, Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives, in: CASHIN RITAINE ELEANOR/LEIN EVA (Hrsg.), The UNIDROIT Principles 2004, Zürich 2007, 35 ff.
- RÖSLER HANNES/SIEPMANN VERENA, Der Beitrag des EuGH zur Präzisierung von Art. 15 I EuGVO, EuZW 3006, 76 ff.
- Gerichtsstand bei gemischt privat-gewerblichen Verträgen nach europäischem Zivilprozessrecht, EWS 2006, 497 ff.
- RUIZ-JARABO COLOMER DAMASO, GA, Schlussanträge vom 16.3.1999 in EuGH v. 28.9.1999 Concorde, Rs. C-440/97 (Slg. 1999, I-6307 ff.)
- SÄCKER FRANZ JÜRGEN, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, München 2001.
- SAMTLEBEN JÜRGEN, Das Internationale Prozess- und Privatrecht des MERCOSUR, RabelsZ 1999, 1 ff.
- SAVIGNY FRIEDRICH CARL VON, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VIII, Berlin 1849.
- SCHACK HAIMO, Der Erfüllungsort im deutschen ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, Frankfurt a.M. 1985.
- Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl. München 2006.
- SCHILF SVEN, Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut, Tübingen 2005.
- UNIDROIT-Principles 2004 – Auf dem Weg zu einem Allgemeinen Teil des internationalen Einheitsprivatrechts, IRH 2004, 236 ff.
- SCHLECHTRIEM PETER/SCHWENZER INGBORG (-Autorenname), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. Aufl. München 2004.
- SCHLOSSER PETER, EU-Zivilprozessrecht, München 2003.
- Bericht zu dem Übereinkommen über den Beitritt des Königreichs Dänemark, Irlands, und des Vereinigten Königreichs Grossbritannien und Nordirland zum EuGVÜ sowie zum Protokoll betreffend die Auslegung dieses Übereinkommens durch den Gerichtshof (ABI. EG 1979 C 59/71).
- SCHMALENBACH KIRSTEN, in: CALLIESS CHRISTIAN/RUFFERT MATTHIAS (Hrsg.), EUV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, München 2006.
- SCHMELCHER GÜNTER H., Der Erfüllungsort von Geldschulden, Basel 1972.
- SCHMID JÖRG, Klauselkatalog der AGB-Richtlinie und schweizerisches Obligationenrecht, in: STAUDER BERND (Hrsg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, Zürich 1995, 49 ff.
- SCHMIDT KARSTEN, Schuldwährung, Zahlungswährung und Zahlungsort, in: HONSELL HEINRICH/ZÄCH ROGER/HASENBÖHLER FRANZ, HARRER FRIEDRICH, RHINOW RENÉ (Hrsg.), Festschrift ERNST A. KRAMER, Basel/Genf/München 2004, 689 ff.
- SCHMIDT-KESSEL MARTIN, Auf dem Weg zu einem Europäischen Vertragsrecht, RIW 2003, 481 ff.
- SCHMIDT-PARZEFALL TILLMANN, Die Auslegung des Parallelübereinkommens von Lugano, Tübingen 1995.
- SCHNITZER ADOLF, Handbuch des internationalen Privatrechts, 4. Aufl. Bd. I, Basel 1957.

- SCHNYDER ANTON K., Europäische Privatrechtsharmonisierung und die Schweiz – ein zunehmend dornenvolles Spannungsverhältnis, in: FURRER ANDREAS (Hrsg.), Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs, Bern 2006, 189 ff.
- SCHNYDER ANTON K./GROLIMUND PASCAL, «Opting in» oder «Opting out»? Anwendung der UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts im schiedsgerichtlichen Verfahren, in: Festschrift PETER SCHLECHTRIEM, Tübingen 2003, 395 ff.
- SCHNYDER ANTON K./LIATOWITSCH MANUEL, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 2. Aufl. Zürich 2006.
- SCHRANER MARIUS, in: GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.), Kommentar zum Obligationenrecht, Die Erfüllung der Obligationen, Zürich 2000.
- SCHROETER ULRICH G., Europäischer Verfassungsvertrag und Europäisches Privatrecht, ZEuP 2006, 515 ff.
- SCHULZ ANDREA, The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, in: SARCEVIC PETAR/VOLKEN PAUL/BONOMI ANDREA (Hrsg.), Yearbook of Private International Law, Vol. VII 2005, Berne 2005, 1 ff.
- SCHWANDER IVO, Besprechung neuerer Gerichtsentscheidungen zum internationalen Zivilprozessrecht, in: SPÜHLER KARL (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht V, Zürich 2005, 109 ff.
- Einführung in das internationale Privatrecht, 2. Bd., BT, 2. Aufl. St. Gallen 1998.
 - Internationales Vertragsschuldrecht, Direkte Zuständigkeit und objektive Anknüpfung, in: Festschrift RUDOLF MOSER, Zürich 1987, 79 ff.
 - Ist der «Ausländerarrest» (SchKG 271 Abs. 1 Ziff. 4) gegenüber Personen, die in einem Lugano-Konventionsstaat Wohnsitz bzw. Sitz haben, nicht mehr zulässig? AJP 1994, 795 ff.
 - Rechtsprechung zum internationalen Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrecht, SZIER 2006, 335 ff.
 - Zur heutigen Rolle des Erfüllungsortes im IPR, Kollision und Vereinheitlichung, in: STOFFEL WALTER A. (Hrsg.), Mélanges en l'honneur d'ALFRED E. VON OVERBECK, Fribourg 1990, 681 ff.
- SCHWENZER INGEBOG, Internationaler Gerichtsstand für die Kaufpreisklage, IPRax 1989, 274 ff.
- Klärgergerichtsstand für die Kaufpreisklage bei internationalem Warenkaufvertrag, AJP 1996, 1050 ff.
 - Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Bern 2003.
- SIEHR KURT, Auf dem Weg zu einem Europäischen Internationalen Privatrecht, EuZ 2005, 90 ff.
- SIEHR KURT, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002.
- Die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht, in: FORSTMOSER PETER, HEINI ANTON, GIGER HANS, SCHLUEP WALTER R. (Hrsg.), Festschrift MAX KELLER, Zürich 1989, 485 ff.
- SLONINA MICHAEL, Haftung aus Gewinnzusagen in IPR und IZPR zwischen Verbraucherschutz und Lauterkeitsrecht, RdW 2006, 748 ff.
- SPÜHLER KARL/MEYER CLAUDIA, Einführung ins internationale Zivilprozessrecht, Zürich 2001.
- STAEHELIN ADRIAN, Aufstieg und Niedergang der Gerichtsstandsgarantie von Art. 59 BV, HALDY JACQUES/RAPP JEAN-MARC/FERRARI PHIDIAS (Hrsg.), Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de JEAN-FRANÇOIS PLOUDRET, Lausanne 1999, 257 ff.
- STARK EMIL W., in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, 3. Aufl. Basel/Genf/München 2007.
- STAUDENMAYER DIRK, Weitere Schritte im Europäischen Vertragsrecht, EuZW 2005, 103 ff.
- STAUDINGER ANSGAR, in: RAUSCHER THOMAS (Hrsg.), Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. München 2006.

- STREINZ RUDOLF, *Europarecht*, 6. Aufl. Heidelberg 2003.
- TAKAHASHI KOJI, Jurisdiction in matters relating to contract: Article 5(1) of the Brussels Convention and Regulation, *E.L.Rev. Sweet & Maxwell and Contributors*, Oct. 2002 (27) 530 ff.
- TEBBENS HARRY DUINTJER, Judicial Interpretation of the 1988 Lugano Convention on Jurisdiction and Judgments in the Light of its Brussels Matrix: The Convergence Confirmed, in: SARCEVIC PETAR/VOLKEN PAUL (Hrsg.), *Yearbook of Private International Law, Volume III/2001*, 1 ff.
- TERCIER PIERRE, *Le droit des obligations*, 3. Aufl. Zürich 2004.
- TERRÉ FRANÇOIS/SIMLER PHILIPPE/LEQUETTE YVES, *Droit civil, Les obligations*, 9. Aufl. Paris 2005.
- THEISS WOLFRAM/BRONNEN FLORIAN, Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes im europäischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung des Werklieferungsvertrages, *EWS* 2004, 350 ff.
- THORN KARSTEN, Gerichtsstand des Erfüllungsortes und intertemporales Zivilverfahrensrecht, *IPRax* 2004, 354 ff.
- TOTH ORSOLYA, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts as the Governing Law – Reflections in Light of the Reform of the Rome Convention, in: CASHIN RITAINE ELEANOR/LEIN EVA (Hrsg.), *The UNIDROIT Principles 2004*, Zürich 2007, 201 ff.
- TRÖGER TOBIAS, Zum Systemdenken im europäischen Schuldvertragsrecht – Probleme der Rechtsangleichung durch Richtlinien am Beispiel der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, *ZEuP* 2003, 525 ff.
- TUHR ANDREAS VON/ESCHER ARNOLD, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3. Aufl. und Supplement, Zürich 1984.
- VALLONI LUCIEN, *Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Lugano- und Brüsseler-Übereinkommen*, Zürich 1998.
- VASSILAKAKIS EVANGELOS, Die Anwendung des EuGVÜ und der EuGVO in der griechischen Rechtsprechung, *IPRax* 2005, 279 ff.
- VEILLARD ISABELLE, Le caractère général et commercial des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, in: CASHIN RITAINE ELEANOR/LEIN EVA (Hrsg.), *The UNIDROIT Principles 2004*, Zürich 2007, 23 ff.
- VISCHER FRANK, Bemerkungen zum Verhältnis von internationaler Zuständigkeit und Kollisionsrecht, in: STOFFEL WALTER A. (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur d'ALFRED VON OVERBECK*, Fribourg 1990, 349 ff.
- in: GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON/KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL (Hrsg.), *Kommentar zum IPRG*, Zürich 2004.
 - *Internationales Vertragsrecht*, 2. Aufl. Bern 2000.
- VOGEL OSKAR/SPÜHLER KARL, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, 8. Aufl. Bern 2006.
- VOLKEN PAUL, Der EuGH knackt den Ausländerarrest, *SZIER* 1994, 1 ff.
- Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1993/1994), *SZIER* 1995, 283 ff.
- WAGNER, ROLF, Die geplante Reform des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens, *IPRax* 1998, 241 ff.
- Zur Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts sieben Jahre nach Inkraft-Treten des Amsterdamer Vertrags, *EuZW* 2006, 424 ff.
- WALTER GERHARD, Der Entwurf für ein weltweites Haager Zuständigkeits- und Vollstreckungs-Übereinkommen aus Schweizer Sicht, in: SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), *Festschrift REINHOLD GEIMER*, München 2002, 1429 ff.
- *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, 4. Aufl. Bern 2007.
- WALTER HANS PETER, Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, *ZSR* 2007, 259 ff.

- WALTHER FRIDOLIN, Die Schweiz und das europäische Zivilprozessrecht – *quo vadis?* ZSR 2005 II, 301 ff.
- in: KELLERHALS FRANZ/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Bern 2005.
- WEATHERILL STEPHEN, «Why Harmonise?»; in TRIDIMAS P./NEBBIA P. (Hrsg.), European Union Law for the Twenty-First Century: Rethinking the New Legal Order, Volume 2 (proceedings of the 2003 W.G. Hart Workshop), Oxford (Hart Publishing), 11 ff.
- WEBER ROLF H., Kommentar zum Obligationenrecht, 1. Abteilung 4. Teilband, Die Erfüllung der Obligationen, Bern 2005.
- WERRO FRANZ/BELSER EVA MARIA, Die Unidroit-Grundregeln der internationalen Handelsverträge, eine Würdigung aus schweizerischer Sicht, in: Rapports suisse présentés au XVème Congrès international de droit comparé, Zürich 1998.
- WEY MARC, Der Vertragsschluss beim internationalen Warenkauf nach UNCITRAL – und Schweizerischem Recht, (2 Bd.), Luzern 1984.
- WICHARD CHRISTIAN, Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, RabelsZ 1996, 269 ff.
- WIEDERKEHR GEORGES, Code civil, 103. Aufl. Paris (Dalloz) 2004.
- WILDERSPIN MICHAEL, Le droit international privé des contrats (autres que les contrats conclus par les consommateurs), Revue des Affaires Européennes 4/2001–2002, 424 ff.
- WRANGEL PHILIPP GRAF, Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes im deutschen, italienischen und europäischen Recht, München 1988.
- WURMNEST WOLFGANG, UN-Kaufrecht und Gerichtsstand des Erfüllungsortes bei Nichterfüllung einer Alleinvertriebsvereinbarung durch den Lieferanten, IHR 2005, 107 ff.
- ZENO-ZENCOVICH VINCENZO/VARDI NOAH, The Constitutional Basis of a European Private Law, in: HARTKAMP ARTHUR/HELLELINK MARTIJN/HONDIUS EWOUT/JOUSTRA CARLA/DU PERRON EDGAR/VELDMAN MURIEL (Hrsg.), Towards a European Civil Code, Nijmegen 2004, 205 ff.
- ZIMMERMANN REINHARD, Die UNIDROIT-Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2004 in vergleichender Perspektive, ZEuP 2005, 264 ff.
- ZUMBANSEN PEER, Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts, RabelsZ 2003, 637 ff.

§ 1 Einleitung

Das materielle Recht bezeichnet den Ort, an dem der Schuldner seine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen hat. Das Verfahrensrecht bezeichnet für vertragsrechtliche Streitigkeiten einen besonderen Gerichtsstand, der dem Kläger als Alternative zum Gerichtsstand des Beklagten zur Verfügung steht. Geltungsbereich und Geltungszweck dieser beiden Regelungen unterscheiden sich damit offensichtlich.

Dennoch knüpfen nationale und internationale Verfahrensordnungen für den Vertragsgerichtsstand ans materielle Recht an. Der materiellrechtliche Erfüllungsort erhält derart eine mittelbare (sekundäre) Bedeutung im Verfahrensrecht, welche dessen unmittelbare (primäre) Bedeutung im materiellen Recht an praktischer Relevanz bei Weitem übertrifft.¹ Das kann etwa daraus abgeleitet werden, dass umfangreichere Darstellungen des materiellrechtlichen Erfüllungsorts vorwiegend in der verfahrensrechtlichen Literatur zu finden sind.² Der Zusammenhang zwischen den beiden Regelungsbereichen und die Bedeutung des materiellrechtlichen Erfüllungsorts für das Gerichtsstandsrecht wurden auch schon als so stark angesehen, dass der materiellrechtliche Gesetzgeber seine Regelung inhaltlich auf die verfahrensrechtlichen Konsequenzen ausgerichtet hat³.

Das Verhältnis zwischen materiellrechtlichem und verfahrensrechtlichem Erfüllungsort wurde bereits im Zusammenhang mit Artikel 5 Ziff. 1 LugÜ/EuGVÜ und mit einzelnen nationalen IZPR-Lösungen kontrovers diskutiert.⁴ Auch der Entwurf eines Haager Gerichtsstandsübereinkommens von 2001⁵ stand im Zeichen dieser Diskussion. Nach dem Inkrafttreten der EuGVO⁶, dem Abschluss der LugÜ-Revision⁷ und der ersten EuGH-Rechtsprechung zum Vertragsgerichtsstand nach EuGVO⁸ hat die Debatte neuen Stoff und Antrieb erhalten.

Die EG-KOMMISSION stellt für den neuen Art. 5 Ziff. 1 EuGVO Verbesserungen gegenüber dem EuGVÜ in Aussicht, indem sie auf eine «pragmatische Bestimmung des Erfüllungsorts» abstellt, «... die auf einem rein faktischen Kriterium beruht ...»⁹; diesem Aufruf zur «faktischen» Methode sind zahlreiche Auto-

1 SCHACK, Erfüllungsort, N 5; vgl. dort die Unterscheidung zwischen primärer und sekundärer Bedeutung des materiellrechtlichen Erfüllungsorts.

2 So etwa die Werke von SCHACK (Erfüllungsort); HACKENBERG, LEHNER, RAUSCHER; vgl. auch KLEMM zum Aspekt der Erfüllungsortvereinbarung.

3 So der deutsche Gesetzgeber beim Erlass des § 270 Abs. 4 BGB. Grund war der Schuldnerschutz bei Geldforderungen; LEHNER 12.

4 Vgl. z.B. SCHACK, Erfüllungsort; LEHNER, beide *passim*.

5 Dazu hinten § 11.

6 1.3.2002.

7 28.3.2007

8 EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05.

9 EG-KOMMISSION, Vorschlag 15; so bereits SCHACK, Erfüllungsort.

ren gefolgt.¹⁰ Die Diskussion tendiert zur Verbannung des materiellen Rechts aus dem Verfahrensrecht hin; die Heranziehung materiellen Rechts zur Bestimmung des Vertragsgerichtsstands wird z.T. als unerschöpflicher Problemquell gesehen.¹¹ Das Unbehagen über den Einfluss des materiellen Rechts auf den Zivilprozess hat ein Ausmass erreicht, in dem ernsthaft in Erwägung gezogen wird, den Vertragsbegriff des anwendbaren materiellen Rechts immer dann durch einen autonomen, euro-verfahrensrechtlichen Vertragsbegriff zu ersetzen, wenn ein Vertrag im Rahmen eines der EuGVO unterfallenden Verfahrens zu beurteilen ist.¹² Solches käme aber einer sinnlosen Umkehrung des kontinentalrechtlich anerkannten Grundsatzes gleich, wonach das Verfahrensrecht dem materiellen Recht zu dienen hat.

Die vorliegende Studie setzt sich zum Ziel, die Bedeutung des materiellen Rechts für den Vertragsgerichtsstand näher zu beleuchten und zu zeigen, dass diese Bedeutung in der aktuellen Diskussion unterschätzt wird. Die Arbeit will gleichzeitig auf Vereinfachungen hinweisen, die dem revidierten Verfahrensrecht entnommen werden können, und die den Umgang mit dem materiellen Recht im verfahrensrechtlichen Kontext praktikabler gestalten sollen.

Die Studie enthält keine allgemeine Einführung ins Recht des Vertragsgerichtsstands; dieses Vorhaben würde den vorliegenden Rahmen sprengen. Im Zentrum der Betrachtung stehen vielmehr die aktuellen verfahrensrechtlichen Neuerungen: die EuGVO, das rev. LugÜ und die Revision des IPRG. Die Ausführungen zum bisherigen Verfahrensrecht sind entsprechend kurz gehalten. Neben anderen Auslegungsproblemen harrt vor allem die Frage der Klärung, ob und in welcher Ausgestaltung die Revision von rev. LugÜ/EuGVO gleichzeitig einen «verfahrensautonomen», vom materiellen Recht abstrahierenden Erfüllungsortsgerichtsstand mit sich bringt. Innerhalb dieses Kontexts ist die Frage zu beantworten, ob dieser verfahrensautonome Gerichtsstand überhaupt in der – vielstimmig geforderten – «faktischen» Weise bestimmt werden kann. Damit verbunden ist die Untersuchung, ob und inwiefern rev. LugÜ/EuGVO neue, vom materiellrechtlichen Erfüllungsort i.e.S. verschiedene Anknüpfungen für den Vertragsgerichtsstand zur Verfügung stellen. Die Antworten zu rev. LugÜ/EuGVO strahlen auf die Interpretation eines revidierten Art. 113 IPRG aus.

Die Bedeutung des materiellen Rechts bestimmt sich rein *technisch* aus verfahrensrechtlicher Perspektive; es liegt am Prozessrecht, allfällige «Einfallstore» für das materielle Recht offen zu halten und diesem eine mittelbare (sekundäre) Bedeutung im Verfahrensrecht zuzuweisen. Die Antwort auf die Frage, welche Rolle es dem materiellen Recht zubilligen soll, ist aber letztlich daran zu messen, ob sich im Zusammenspiel beider Rechtsbereiche sachgerechte und praktikable Lö-

10 Hinten § 12I.I; § 12I.V.

11 Z.B. HAGER/BENTELE 74, setzen alles daran, im Verfahrensrecht ein «Einfallstor» für das materielle Recht zu vermeiden. Siehe hinten Fn. 1522.

12 Dazu LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 17 m.w.H.

sungen ergeben. Diese Beurteilung kann nur in Kenntnis des materiellen Rechts und in einer Gesamtsicht mit dem Verfahrensrecht getroffen werden.

Vor diesem Hintergrund wird dem Verfahrensrecht eine vergleichende Darstellung des materiellen Rechts des Erfüllungsorts in den Rechten der Schweiz, Frankreichs und Deutschlands sowie in verschiedenen Einheitsrechten vorangestellt. Ein Blick auf die Rechtsordnungen Deutschlands und Frankreichs drängt sich in schweizerischer Sicht nicht nur aus Überlegungen der wirtschaftlichen Relevanz dieser Staaten für den schweizerischen Aussenhandel auf. Mit diesen Rechtsordnungen werden zudem Konzepte des Erfüllungsorts nebeneinander gestellt, die sich doch in einigen Punkten voneinander unterscheiden und damit innerhalb der Bandbreite der Konzepte repräsentativ sind. Was die einheitsrechtlichen Lösungen betrifft, so interessiert nicht nur deren inhaltliche Ausgestaltung des materiellrechtlichen Erfüllungsorts. Weil bestehende Projekte zur internationalen Vereinheitlichung des Vertragsrechts die Bestimmung des Vertragsgerichtsstands in Zukunft wesentlich vereinfachen könnten, sind diese zudem im Hinblick auf ihre Realisierbarkeit und Wünschbarkeit zu beurteilen.

Mit ihrer Zielsetzung soll die Studie keine erneute, breite Auseinandersetzung mit dem materiellen Recht des Erfüllungsorts bieten.¹³ Dessen Darstellung steht vielmehr im Dienst der verfahrensrechtlichen Betrachtung und setzt den Schwerpunkt bei den Fragen, die für die revidierten Verfahrensinstrumente relevant sind, nämlich beim Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Leistung und bei der Erfüllungsortvereinbarung, der eine – weitgehend unbestrittene – Gerichtsstandsrelevanz zukommt. Anschliessend an den materiellrechtlichen Teil wird ein Streiflicht auf das Internationale Privatrecht geworfen, das als Bindeglied zwischen Gerichtsstandsrecht und materiellem Recht dient.

Angesichts der vielbeschworenen Unabhängigkeit des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht ist aber vorweg die Frage zu stellen, wie weit es sich aus allgemeiner Sicht überhaupt lohnt, auf die Suche nach der Rolle des materiellen Rechts beim Erfüllungsortsgerichtsstand zu gehen. Deshalb werden kurze Ausführungen zur Funktion der beiden Institute – des materiellen Erfüllungsorts und des Vertragsgerichtsstands – sowie zu den dahinter stehenden Wertungen an den Anfang gestellt.¹⁴

13 Dazu sei etwa auf die Autoren in Fn. 2 verwiesen.

14 Zur Teleologie des Vertragsgerichtsstands auch hinten § 12J.IV.

§ 2 Funktionen des Erfüllungsorts im materiellen Recht und im Gerichtsstandsrecht: Konvergenzen, Divergenzen?

A. Materiellrechtliche Funktion

Die Erfüllung ist wichtigster Untergangsgrund und damit Verwirklichung des Zwecks vertraglicher Obligationen.¹⁵ Handelt es sich um die Erfüllung einer vertraglichen Hauptverpflichtung, so bedeutet deren Erfüllung die Erreichung eines wichtigen Vertragsziels. Als Modalitäten der Verpflichtung¹⁶ sind deren Ort und Zeit notwendigerweise durch Vereinbarung oder dispositivrechtlich bestimmt; das räumliche Element ist somit ein Teilaspekt der Erfüllung. Auf abstrakter Ebene formuliert ist der Erfüllungsort i.w.S. der *Ort, an welchem ein Vertragsziel erreicht* werden kann.¹⁷ Erfüllung am falschen Ort befreit den Schuldner nicht und löst Verzugsfolgen aus,¹⁸ Schadenersatz und allenfalls Vertragsauflösung sind die Konsequenzen.¹⁹

Bei Distanzverträgen ist jede Vertragspartei daran interessiert, dass der Erfüllungsort ihrer Verpflichtung möglichst nahe beim eigenen Wirkungskreis liegt,²⁰ und wird die Vertragsgestaltung entsprechend beeinflussen wollen. Damit kann sie ihr Risiko eines Verlustes oder einer Verzögerung auf der Reise des Erfüllungsgegenstands klein halten. Somit erhält der Erfüllungsort eine konkrete, wirtschaftlich bedeutsame Funktion der *Risikoallokation*.²¹ Die Bedeutung des Erfüllungsorts ist bei einem grenzüberschreitenden Vertrag im Übrigen ökonomisch bedeutsamer und den Parteien tendenziell bewusster als bei einem Binnenvertrag,²² weshalb dort eine Regelung des Erfüllungsorts durch Vereinbarung auch häufiger ist.

Die Parteien haben daneben immer ein – gleichgerichtetes – Interesse an einer sinnvollen, sachnahen und voraussehbaren Lösung. Bei Fehlen einer Vereinbarung über den Erfüllungsort hat das dispositive Schuldvertragsrecht die unerlässliche Funktion, jeder geschuldeten Leistung einen Erfüllungsort zuzuordnen

15 BUCHER, OR AT, 291. Dasselbe gilt im ausservertraglichen Bereich (BUCHER a.a.O.).

16 Vgl. SCHACK, Erfüllungsort, N 1.

17 GA LENZ, Nr. 25. Gesprochen wird vorliegend von einem Erfüllungsort i.w.S.: Bei Erfolgsverpflichtungen ist vom Erfüllungsort, an dem der Schuldner die geschuldeten *Erfüllungshandlungen* vornimmt, der Ort zu unterscheiden, an dem der *Erfüllungserfolg* eintritt; GA LENZ, Nr. 27; dazu hinten § 3B.I.

18 SCHRANER, Art. 74 N 5.

19 Vgl. zu den materiellrechtlichen Regelungen hinten § 3 und § 4. Für die PECL LANDO/BEALE 329.

20 WEBER, Art. 74 N 34.

21 GA LENZ, Nr. 26; zur Gefahrtragung vgl. hinten § 3B.I.2; § 3B.III.2.h).

22 SCHWANDER, Erfüllungsort, 692 f.

(*Zuordnungsfunktion*).²³ Diese gesetzliche Zuordnung erfolgt selbstverständlich unter dem Aspekt, dass ein Ausgleich zwischen den Interessen der Parteien herzustellen ist.

B. Gerichtsstandsrechtliche Funktion

Aus der Sicht des Gerichtsstandsrechts kommt dem Erfüllungsort die Funktion zu, eine alternative gerichtliche Zuständigkeit in vertragsrechtlichen Streitigkeiten zu bestimmen. Der Vertragsgerichtsstand bietet einen Interessenausgleich zu Gunsten des Klägers, der im Vertragsrecht sonst allein an den Beklagtengerichtsstand verwiesen wäre.²⁴ Dabei ist ein Gerichtsstand anzustreben, der mit dem Streitgegenstand eine enge Verbindung haben soll: *Sach- und Beweisnähe* des Gerichtsstands dienen der Verfahrensökonomie.²⁵

Dieser verfahrensökonomischen Funktion kann der Erfüllungsort nicht durchwegs gerecht werden. Betrifft die Streitigkeit den Abschluss des Vertrags oder die dahin führenden Verhandlungen, und nicht eine daraus fließende Verpflichtung, so schaffen der Abschlussort²⁶ oder der Ort der Vertragsvorbereitungshandlungen²⁷ die engeren Verbindungen zum Streitgegenstand als der Erfüllungsort.²⁸ Zudem führt die Anknüpfung nicht zum Ziel, wenn sie am Erfüllungsort einer vertraglichen Verpflichtung stattfindet, die nicht die eigentlich umstrittene ist. Hauptbeispiel dafür ist die Anknüpfung am Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung bei der Preisklage des Verkäufers, wenn die Käuferin Sachmängel geltend macht.

Die Anknüpfung am Vertragserfüllungsort ist denn auch traditionell umstritten, und zwar sowohl bei der gerichtlichen Zuständigkeit wie beim anwendbaren Recht.²⁹ Während sie für VON SAVIGNY den Sitz und damit den Angelpunkt des Vertragsverhältnisses schlechthin darstellte³⁰, werden Sinn und Logik der Anknüpfung von anderen Autoren z.T. scharf kritisiert.³¹ Trotzdem orientieren sich

23 Vgl. BUCHER, OR AT, 186 ff.

24 BUCHNER 73 ff.; kritisch RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 96 ff.; vgl. hinten § 12J.IV.3.

25 VALLONI 147; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 8; vgl. GAUDEMET-TALLON, for, 198.

26 Eine internationale Zuständigkeit am Abschlussort kennen Spanien und Griechenland; DONZALAZ, N 4384. Diese Zuständigkeit ist aber häufig zufällig und z.T. nur schwer bestimmbar; KROPHOLLER, Art. 5 N 2.

27 Vgl. Art. 6 des Haager Entwurfs 2001; dazu hinten § 11D.

28 Vgl. GEIMER/SCHÜTZE, Urteilsanerkennung, 554; hinten § 12J.IV.2.a).

29 Die vertragsrechtlichen Anknüpfungen für die gerichtliche Zuständigkeit beruhen auf denselben Prinzipien und Wertungen wie diejenigen des anwendbaren Rechts; VISCHER, Verhältnis von internationaler Zuständigkeit und Kollisionsrecht, 365.

30 VON SAVIGNY 208.

31 S. KELLER/SIEHR 355 f.

auch moderne IPR-Normen an der Anknüpfung, wenn auch in modifizierter Form.³²

Gibt es bessere Alternativen für eine Anknüpfung des Vertragsgerichtsstands? Die Palette der Alternativen kann am Gerichtsstand der vertraglichen Aktivität des Haager Entwurfs von 2001 eines weltweiten Gerichtsstandsübereinkommens dargestellt werden, in welches Elemente der angloamerikanischen wie der kontinentaleuropäischen Rechtstraditionen eingeflossen sind. In dessen Art. 6 sind aufgeführt: Ort der Werbeaktivitäten (vgl. Verbrauchergerichtsstand des Art. 15 rev. LugÜ/EuGVO), Verhandlungsort (vgl. auch Abschlussort) und Erfüllungsort oder Lieferort. Für den Haager Vertragsgerichtsstand ergibt sich ein Anknüpfungskanon auf der Zeitachse von der vorvertraglichen Aktivität einer Partei bis hin zur Erfüllung des Vertrags. Diese Darstellung auf der Zeitachse im Vertragsbereich macht im vorliegenden Zusammenhang vor allem einen Umstand deutlich: Wird der Erfüllungsort als Anknüpfung kritisiert, so bleibt die Auswahl dennoch weitgehend auf den beschriebenen Kanon entlang dieser Zeitachse beschränkt.³³

C. Divergenz der Funktionen, Konvergenz der Wertungen

Nach dem Gesagten nehmen der materielle und der verfahrensrechtliche Erfüllungsort durchaus unterschiedliche Funktionen wahr.³⁴ Die Risikoallokation bei der Abwicklung des Vertrags steht der Wahrung des Zuständigkeitsgleichgewichts im gerichtlichen Verfahren gegenüber. Aus der Betrachtung allein der Funktionen der beiden Institute lässt sich ein Postulat nach Parallelität zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht nicht ableiten.³⁵

Die Ziel- und Zwecksetzungen des Vertragsgerichtsstands und diejenigen des Vertrags sind indessen auf einer *übergeordneten Ebene* der Betrachtung miteinander verbunden. Wie erwähnt, ist Zweck des Vertrags die Erfüllung der aus ihm fließenden Verpflichtungen; auf diesen Erfolg ist der Vertrag ausgerichtet.³⁶ Auf dieses Ziel hin tendiert er im Zug seiner Abwicklung auch in örtlicher und zeitlicher Hinsicht. Den gerichtlichen Streit betreffend ein Vertragsverhältnis an

32 Art. 117 IPRG und Art. 4 Abs. 2 EVÜ vermuten, dass der Vertrag am engsten mit dem Recht am Sitz der Partei zusammenhängt, welche die vertragscharakteristische Leistung erbringt (s. hinten § 7, § 8).

33 Als Möglichkeiten können darüber hinaus der Lageort des Vertragsgegenstandes (s. hinten § 12I. V.2) und der Ort der Vertragsverletzung erwähnt werden. Letztere Anknüpfung wird nicht weiter diskutiert, denn ihr haften schwerste Mängel der Voraussehbarkeit an.

34 NEWTON 161; HACKENBERG 198; vorstehend § 2A; § 2B.

35 Die Forderung nach einer «Perpetuierung» des materiellen Rechts im Verfahrensrecht lässt sich darauf nicht abstützen; HACKENBERG 197 m.w.H.

36 Zur im Weiteren relevanten weiteren Differenzierung zwischen Erfüllungshandlung und Erfüllungserfolg hinten § 3B.I.1; § 3B.I.3.

einem Ort anzusiedeln, auf den sich der Vertrag ideell und auf der Zeitachse hinzubewegt, ist gerechtfertigt. Denn eine gerichtliche Beurteilung erfolgt in der Regel *ex post*; eine Vielzahl von vertragsrechtlichen Streitigkeiten treten erst nach erfolgten Erfüllungshandlungen auf.³⁷ Mit der Anknüpfung an den Erfüllungsort wird somit dem Postulat der Nähe des Gerichtsstands zum Streitgegenstand – wenigstens der Tendenz nach – gefolgt. Insofern ist eine konzeptionelle Überlegenheit des Erfüllungsortsgerichtsstands gegenüber den Gerichtsständen am Verhandlungs- oder Abschlussort ersichtlich.

Im materiellrechtlichen und im prozessrechtlichen Bereich besteht zudem auch ein Gleichklang der Interessenlage der Parteien: Zwar hat, wie erwähnt, jede Partei ein Interesse daran, dass Erfüllungsort und Gerichtsstand in ihrer Nähe liegen; gleichläufig ist aber das gemeinsame Interesse an einer sachnahen und voraussehbaren Lösung sowohl für den Erfüllungsort wie für den Gerichtsstand.

Aus beiden Gesichtspunkten zeichnet sich damit bereits der Stellenwert ab, welcher der Respektierung der materiellrechtlichen Erfüllungsortvereinbarung auch auf der Ebene des Gerichtsstands entgegenzubringen ist. Sie tritt im internationalen Handel häufig in Erscheinung und ist vor Erfüllung des Vertrags der einzige für beide Parteien klar voraussehbare Hinweis auf dessen spätere örtliche Abwicklung – und damit gleichzeitig auf einen – tendenziell – sachnahen Gerichtsstand.

Auch wenn der Erfüllungsort im materiellen Recht nicht unmittelbar dieselben Funktionen erfüllt wie im Verfahrensrecht, so ist nach dem Gesagten doch ein deutlicher *Gleichklang* der hinter diesen unterschiedlichen Funktionen stehenden *Wertungen* und *Interessen* zu bejahen.³⁸ Damit erscheint die Forderung nach einer «Einheit der Rechtsordnung» auch im vorliegenden Bereich als ernst zu nehmendes Postulat,³⁹ das eng mit dem erwähnten Prinzip verbunden ist, dass dem Verfahrensrecht gegenüber dem materiellen Recht eine dienende Funktion zukommt.⁴⁰

In der Folge wird zu zeigen sein, dass die Gerichte auch aus konkreten praktischen Gründen die Verbindungen zwischen materiellem Recht und Vertragsgerichtsstand in einem wohl austarierten Mass aufrechterhalten sollten.

37 Vgl. GA LENZ, Nr. 72 zu Kaufpreisstreitigkeiten.

38 So auch GEIMER/SCHÜTZE, Zivilverfahrensrecht, Art. 5 N 5; GOTTWALD, ZPO, Art. 5 N 1 EuGVÜ; a.M. SCHACK, Erfüllungsort, N 336; HACKENBERG 198.

39 BGE 132 III 49 E 2.2; vgl. NAGEL/GOTTWALD 176; hierzu hinten § 12J.IV.1.c)iv).

40 Vorne § 1; vgl. HESS 352; spezifisch als Begründung zur Anwendung der *lex causae* für die Bestimmung des Vertragsgerichtsstands nach EuGVÜ: KROPHOLLER JAN, Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Aufl. Heidelberg 1998, Art. 5 N 19.

Erster Teil:
Materielles Recht

§ 3 Materiellrechtlicher Erfüllungsort in nationalen Rechten

A. Nationales materielles Recht und internationale Vertragszuständigkeit

Nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ wird der Erfüllungsort aufgrund des anwendbaren materiellen Rechts bestimmt.⁴¹ Die Unterschiedlichkeit der nationalen Lösungen hat zu erheblicher Kritik aus verfahrensrechtlicher Sicht geführt. Hauptsächlich vor diesem Hintergrund ist die Rolle des materiellen Rechts bei der Bestimmung des Erfüllungsorts nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO insgesamt umstritten. In diesem Sinne sei nachstehend ein Licht auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede dreier europäischer Rechtsordnungen geworfen.

B. Materielles schweizerisches Recht

I. Erfüllungs- und Erfolgsort

1. *Verpflichtung und deren Inhalt*

Die Verpflichtung⁴² (Verbindlichkeit⁴³) ist Ausgangspunkt zur Bestimmung des Erfüllungsorts, jede Verpflichtung hat einen eigenen Erfüllungsort.⁴⁴ Der Erfüllungsort bezieht sich nicht auf das Vertragsverhältnis als Ganzes, sondern auf die einzelne Verpflichtung; anders als im internationalen Verfahrensrecht gibt es im materiellen Recht keinen einheitlichen Erfüllungsort des Schuldverhältnisses.⁴⁵

Leistungszeit und Leistungsort sind Modalitäten der schuldnerischen Verpflichtung. Der Erfüllungsort ist deren Vollzugsort.⁴⁶

Der Erfüllungsort kann nicht losgelöst vom Inhalt der zu erfüllenden Verpflichtung betrachtet werden. Bei der Verpflichtung kann es sich – entsprechend der Vertragsart – um eine blosser Pflicht zum *Tätigwerden* handeln, wie z.B. beim Auftrag.⁴⁷ Eine Verpflichtung kann insofern weiter gefasst sein, als der Schuldner im Hinblick auf den Eintritt eines bestimmten Erfüllungserfolgs⁴⁸ tätig sein

41 EuGH v. 6. 10. 1976 Tessili, Rs. 12/76; dazu hinten § 12C.III.

42 Obligation, Anspruch, Forderung oder Schuldpflicht; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 27.

43 Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

44 VON TUHR/ESCHER 42; KOLLER, OR AT, Bd. 2, 33. Nebenpflichten sind allerdings i.d.R. am Erfüllungsort der Hauptpflicht zu erfüllen, der sie zuzuordnen sind (SCHRANER, Art. 74 N 27).

45 SCHACK, Erfüllungsort, N 37.

46 SCHACK, Erfüllungsort, N 1; SCHWENZER, OR, N 7.01.

47 BUCHER, OR BT, 226; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 90 f.; WERRO/BELSER 550.

48 Vgl. GAUCH, Werkvertrag, N 18 ff.

muss.⁴⁹ Hierbei ist der Begriff des «Erfolgs» eng zu verstehen; nur so kann er eine sinnvolle Unterscheidungsfunktion (etwa hinsichtlich der erfolgsorientierten kauf- oder werkvertraglichen Gewährleistungsregeln) wahrnehmen. Der Tätigkeitserfolg muss sich somit von der Tätigkeit deutlich unterscheiden und von ihr abgrenzbar sein.⁵⁰ Beim Kaufvertrag z.B. handelt es sich um die Verschaffung des Besitzes und des Eigentums am Kaufgegenstand (Sach- und Rechtsverschaffungspflicht).⁵¹ Beim Werkvertrag z.B. handelt es sich um die Verschaffung des Besitzes am Werk; eine Rechtsverschaffungspflicht besteht lediglich, wenn der Besteller nicht bereits Eigentümer des Werks ist.⁵²

Im Rahmen der verschiedenen Vertragsarten können die Tätigkeitspflichten durch Vereinbarung differenziert werden. So kann bei Sachschulden eine *Holschuld*, eine *Bringschuld* oder eine *Versendungsschuld* vorliegen.⁵³ Beim *Versendungskauf* ist lediglich die Versendung der Kaufsache durch den Verkäufer vereinbart (Abschluss des Frachtvertrags, Übergabe des Kaufgegenstands an den Frachtführer). Analoges gilt beim Werkvertrag, wenn in diesem Rahmen eine Versendungsschuld vereinbart wurde.⁵⁴

2. *Holschuld, Versendungsschuld, Bringschuld*

Bei *Bringschulden* ist die Leistung am Wohnsitz oder Sitz des Gläubigers zu erbringen. Der Wesensunterschied zwischen Hol- und Bringschuld besteht darin, dass das Bringen oder Überbringen der Kaufsache oder des Werkes zur Leistungspflicht des Schuldners gehört und damit Gegenstand seiner Erfüllungshandlungen ist. Das bedeutet insbesondere, dass der Schuldner grundsätzlich die Gefahr eines zufälligen Untergangs der Leistung beim Transport trägt.⁵⁵ Das bedeutet weiter i.d.R., dass der Schuldner die mit der Erfüllung verbundenen Transport- oder Überweisungsgebühren zu tragen hat.⁵⁶ Bei *allen Bringschulden*, und zwar sowohl den gesetzlichen wie den vereinbarten, dient eine präzisierende Regelung in

49 BUCHER, OR AT, 292; SCHACK, Erfüllungsort, N 7.

50 KOLLER, Art. 363 N 27 f.

51 Art. 184 Abs. 1 OR; BUCHER, OR BT, 53; im Zusammenhang mit Art. 5 Ziff. 1 LugÜ/EuGVÜ: GA LENZ, Nr. 27.

52 GAUCH, Werkvertrag, N 88 ff.; BÜHLER, Art. 367 N 11; GAUTSCHI, Art. 363 N 5a; Art. 367 N 9. Rechtsverschaffungspflicht gilt also beim Werklieferungsvertrag, im Gegensatz zu Veredelungs- oder Reparaturverträgen; GAUTSCHI, Art. 367 N 9.

53 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2117. Dazu sogleich.

54 GAUTSCHI, Art. 367 N 10.

55 In der Vereinbarung einer Bringschuld ist eine Abweichung von der Regel des Art. 185 Abs. 1 OR «*periculum est emptoris*» zu erblicken (BUCHER, BT, 80; WEBER, Art. 74 N 23; vgl. N 71; BGE 84 II 158 E 1). Betreffend Geldschuld WEBER, Art. 74 N 113, N 127 (abweichend beim bargeldlosen Zahlungsverkehr BGE 124 III 147).

56 WEBER, Art. 74 N 111. Die Vereinbarung einer Bringschuld enthält indessen nicht in allen Fällen eine von Art. 189 Abs. 1 OR abweichende Vereinbarung (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2119).

Art. 74 Abs. 3 OR als Erleichterung für den Schuldner, wenn der Gläubiger den Wohnsitz nach Entstehung der Verpflichtung ändert und dem Schuldner dadurch eine erhebliche Belästigung erwächst.⁵⁷

Von der Bringschuld ist die *Versendungsschuld* (Schickschuld) zu unterscheiden. Sie ist im allgemeinen Teil des OR nicht geregelt, wird aber in Art. 185 Abs. 2 und Art. 189 Abs. 1 OR als gegeben vorausgesetzt.⁵⁸ Wichtigster Anwendungsfall ist der Versendungskauf;⁵⁹ die Versendungsschuld ist aber eine allgemeine Kategorie, die auch ausserhalb des Kaufrechts Anwendung finden kann, so z.B. beim Werkvertrag.⁶⁰ Aus ihrer Natur ergibt sich, dass sie keine Anwendung auf Verpflichtungen zu einer blossen Tätigkeit findet, so wie z.B. bei der Hauptverpflichtung des Beauftragten. Aus dem Auftrag fliessende Nebenverpflichtungen wie Herausgabepflichten können hingegen Erfolgsverpflichtungen sein.⁶¹

Bei der Versendungsschuld ist das Bringen oder Überbringen kein Bestandteil der schuldnerischen Verpflichtung. Den Schuldner trifft lediglich die vertragliche Nebenpflicht, den Vertragsgegenstand vom Erfüllungsort aus an den Lieferort (auch «Bestimmungsort»)⁶² zu versenden. Die Reise des Vertragsgegenstands findet i.d.R. auf Kosten und Gefahr des Gläubigers statt.⁶³ Der Erfüllungsort verbleibt dabei am Wohnsitz des Schuldners oder am Ort der gelegenen Sache, die Versendung ist massgebliches Merkmal der Erfüllung.⁶⁴ M.a.W.: geschuldet ist ein aktives Tätigwerden lediglich am Erfüllungsort; der Leistungspflicht des Schuldners ist damit grundsätzlich Genüge getan.⁶⁵ Wie nachstehend ausgeführt, tritt der *Leistungserfolg* indessen erst am Zeitpunkt und am Ort der Übergabe an den Gläubiger ein.⁶⁶ Nach Versendung trifft den Schuldner daher noch die Verpflichtung, Handlungen zu unterlassen, welche dem Eintritt des Erfolgs entgegenstehen könnten.⁶⁷

57 WEBER, Art. 74 N 147. Art. 74 Abs. 3 OR kann aber durch die Parteien wegbedungen werden.

58 Vgl. SCHRANER, Art. 74 N 37; betr. Art. 31 CISG vgl. hinten Fn. 1381.

59 SCHRANER, Art. 74 N 38.

60 Vgl. BÜHLER, Art. 367 N 14.

61 Der Erfolg besteht dann etwa in der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an Dokumenten, die der Mandatar für den Mandanten beschafft oder erstellt hat.

62 VON TUHR/ESCHER, 44; SCHRANER, Art. 74 N 37.

63 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2120. Anders bei der «qualifizierten Schickschuld»; vgl. hinten § 3C.II.3. Die Gefahr geht aber nur auf den Gläubiger über, sofern die Versendung vom vertraglichen Erfüllungsort aus erfolgt ist (KOLLER, OR AT, Bd. 2, 32 f.).

64 SCHRANER, Art. 74 N 37; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2120.

65 Dazu MEIER, Erfüllungsort, 65; SCHACK, Erfüllungsort, N 7.

66 SCHRANER, Art. 74 N 37; MEIER, Erfüllungsort, 65.

67 So darf die Ware nicht zurückgerufen werden; sie ist ggf. sogar aktiv umzuleiten; Art. 2 ZGB; SCHACK, Erfüllungsort, N 8.

Im Unterschied zur Versendungsschuld reicht bei der *Holschuld* ein blosses «Zur-Verfügung-Stellen» bzw. Bereithalten der Sache, der Gläubiger hat die Leistung beim Schuldner abzuholen.⁶⁸

3. *Erfüllungsort i.w.S.*

Bei Erfolgsverpflichtungen im Rahmen einer Versendungsschuld kann sich der Erfüllungsort i.e.S., an dem der Schuldner die geschuldete Tätigkeit vornimmt, vom Ort unterscheiden, an welchem der Leistungserfolg eintritt. Am Erfüllungsort i.e.S. findet die Tätigkeit des Schuldners statt, während am Bestimmungsort (Lieferort) des Kaufgegenstands oder des Werks, der Verpflichtungserfolg eintritt, indem der Käufer Besitz (und ggf. Eigentum) an der Kaufsache oder am Werk erlangt.⁶⁹ Erfüllungsort sowie Erfolgsort werden vorliegend auch als Erfüllungsorte i.w.S. bezeichnet.

II. Funktion und Bedeutung des Erfüllungsorts

1. *Im materiellen Recht*

Richtige Erfüllung einer Obligation durch den Schuldner heisst unter anderem, *am richtigen Ort* zu erfüllen.⁷⁰ Leistet der Schuldner nicht rechtzeitig am Erfüllungsort, so kommt er i.d.R. in Verzug.⁷¹ Nimmt der Gläubiger die am Erfüllungsort gehörig angebotene Leistung nicht an, so gerät er in Annahmeverzug.⁷²

Jedoch geht die Bedeutung des Erfüllungsortes nicht so weit, dass die Erfüllungsorte der vertraglichen Hauptleistungspflichten auf derselben Ebene wie diese angesiedelt wären, indem sie selber ohne Weiteres als *essentialium negotii* beurteilt würden. Eine anfängliche oder nachträgliche⁷³ objektive Unmöglichkeit⁷⁴, am vorgesehenen Erfüllungsort zu erfüllen, führt i.d.R. denn auch nicht zur Nichtigkeit des Vertrags oder zur Leistungsbefreiung, sondern zur Bestimmung eines anderen Erfüllungsorts nach Treu und Glauben. Das Gegenteil gilt nur, wenn der

68 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2118, N 2146. Vgl. dazu hinten § 3B.III.1. Wenn der Schuldner die Speziesschuld an einem dritten, vom Sitz des Schuldners und des Gläubigers verschiedenen Ort zur Verfügung stellen oder an einen solchen überbringen muss, wird auch von «*Ortsschuld*» gesprochen (WEBER, Art. 74 N 37; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2121; auf das Immobiliarsachenrecht beschränkt den Begriff SCHRANER, Art. 74 N 35).

69 Art. 189 OR; BGE 58 II 433 E 2; SCHRANER, Art. 74 N 21; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2106; LEU, Art. 74 N 2; vgl. SCHACK, Erfüllungsort, N 2; vorne § 3B.I.1.

70 Räumliche Richtigerfüllung, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2102 f; vgl. vorne § 2.

71 Art. 102 ff. OR; WEBER, Art. 74 N 16; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2145.

72 Art. 91 OR; WEBER, Art. 74 N 16; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2146.

73 Vgl. SCHACK, Erfüllungsort, N 13.

74 Art. 20 Abs. 1 OR (anfängliche Unmöglichkeit); Art. 119 Abs. 1 OR (nachträgliche Unmöglichkeit).

Ort der Erfüllung als subjektiv oder objektiv wesentlicher Vertragsbestandteil zu beurteilen ist.⁷⁵

Dem Erfüllungsort kommt die erwähnte Funktion der *Risikoallokation*⁷⁶ zu. Beim Transport bis zum Erfüllungsort trägt der Schuldner grundsätzlich die Gefahr des zufälligen Untergangs des Vertragsgegenstands;⁷⁷ v.a. deswegen ist die Differenzierung zwischen Bring- und Versendungsschuld in der Praxis zum materiellen Recht bedeutsam.

Die zusätzliche materiellrechtliche Bedeutung des *Erfolgsorts* (*Erfüllungsort i.w.S.*) im Fall einer Versendungsschuld wird aus den vorstehend erwähnten Unterlassungspflichten des Schuldners bis zum dortigen Eintreffen des Vertragsgegenstands ersichtlich.⁷⁸

Daneben kann der Erfüllungsort eine Reihe von *Nebenbedeutungen* im Zusammenhang mit der Anwendung des materiellen Rechts haben. Als wichtigste seien genannt: die Bestimmung des Hinterlegungsortes nach Art. 92 OR, die örtliche Anknüpfung zur Bestimmung einer Ortsübung,⁷⁹ die Berechnung des Schadenersatzes aufgrund der tatsächlichen Preisverhältnisse nach Art. 97 und 115 OR,⁸⁰ die Feststellung, ob eine Fremdwährungsschuld vorliegt⁸¹ und in welcher Währung zu zahlen ist,⁸² sowie die Festlegung der Geschäftszeit (Art. 79 OR) und der Feiertage.

2. *Im Kollisionsrecht i.w.S.*

Neben den genannten materiellrechtlichen Funktionen erlangt der Erfüllungsort vor allem im schweizerischen *Kollisionsrecht i.w.S.*⁸³ Bedeutung. Nähme man den Umfang der Literatur zum Massstab, so wäre die internationale *gerichtliche Zuständigkeit* nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ und nach Art. 113 IPRG⁸⁴ wohl die bedeutendste Funktion des Erfüllungsorts. Das GestG hat im Binnenbereich den Erfüllungsort aus dem schweizerischen Recht verbannt.⁸⁵ *De lege ferenda* soll er aber

75 WEBER, Art. 74 N 18; VON TUHR/ESCHER 42 f.; KOLLER, OR AT, Bd. 2, 34 f. (Bestimmung durch hypothetischen Parteiwillen oder durch den Richter); vgl. SCHNITZER 131.

76 GA Lenz, Nr. 26.

77 WEBER, Art. 74 N 23, N 113; siehe vorne § 3B.I.2.

78 Vorstehend § 3B.I.2; zur zusätzlichen Bedeutung für die Sanktionen einer nicht gehörigen Erfüllung unter dem CISG (Erfüllung am falschen Erfüllungsort, aber zu Gunsten eines richtigen Erfolgsorts): hinten § 4B.II.2.

79 WEBER, Art. 74 N 22.

80 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2149.

81 WEBER, Art. 74 N 25.

82 Art. 147 Abs. 3 IPRG.

83 I.S.v. Gerichtsstandsrecht und anwendbarem Recht.

84 Dazu und zur Revision dieser Bestimmung hinten § 10B.

85 WALTHER, GestG, vor Art. 21 N 1 ff., Art. 21 N 1.

wiederum ins interne Gerichtsstandsrecht Eingang finden (Art. 30 E-ZPO).⁸⁶ Im Übrigen ist auch die Funktion des Erfüllungsorts als Betreuungsort in der Schweiz für im Ausland wohnende Schuldner zu erwähnen, die in der Schweiz ein Spezialdomizil zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gewählt haben.⁸⁷

Abgesehen davon dient der Erfüllungsort in einer Reihe von Zusammenhängen als *Anknüpfung für das anwendbare Recht* nach IPRG. So bestimmt er nicht nur das anwendbare Recht für Erfüllungsmodalitäten nach Art. 125 IPRG, sondern ist insbesondere auch zur Bestimmung des anwendbaren Rechts auf vertragliche Ansprüche massgeblich. Der Erfüllungsort kann nämlich bei der Widerlegung der Vermutung nach Art. 117 Abs. 2 IPRG zum Zug kommen, wonach das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt oder an der Niederlassung der Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt, den engsten Zusammenhang mit dem Vertrag habe.⁸⁸ Ausserdem kann der Erfüllungsort auch zur Bestimmung des anwendbaren Rechts mittels der Ausnahmeklausel nach Art. 15 IPRG⁸⁹ dienen. Weiter kann er den «engen Zusammenhang» darstellen, den eine *loi d'application immédiate* mit dem Sachverhalt aufweisen muss, damit sie nach Art. 19 Abs. 1 IPRG zur Anwendung kommen kann.⁹⁰ Schliesslich kann der Erfüllungsort als objektive Anknüpfung für das vom Schiedsgericht anzuwendende Recht nach Art. 187 Abs. 1 IPRG) dienen,⁹¹ und zwar ebenfalls als Ausdruck des dort geforderten engsten Zusammenhangs mit der Rechtssache.⁹²

III. Bestimmung des Erfüllungsortes

1. Übersicht zur gesetzlichen Regelung

Art. 74 OR:

B. Ort der Erfüllung

¹ Der Ort der Erfüllung wird durch den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu schliessenden Willen der Parteien bestimmt.

² Wo nichts anderes bestimmt ist, gelten folgende Grundsätze:

1. Geldschulden sind an dem Orte zu zahlen, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat;

86 Vgl. Botschaft des SCHWEIZERISCHEN BUNDESRATS vom 28.6.2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff., Ziff. 5.2.2 ad Art. 30.

87 Art. 50 Abs. 2 SchKG; BGE 41 III 343 E 3.

88 SCHWANDER, Vertragsschuldrecht, 87.

89 Dazu SCHWANDER, Erfüllungsort, 685 f., soweit neben Art. 117 Abs. 1 IPRG noch Raum für die Ausnahmeklausel bleibt (SCHWANDER, Erfüllungsort, 686 Fn. 16).

90 Vgl. SCHWANDER, Erfüllungsort, 686 f.

91 SCHWANDER, Erfüllungsort, 689.

92 Im Übrigen wirkt das Anknüpfungsmerkmal des Erfüllungsorts im Rahmen von spezifischen Regelungen als Grundsatz indirekt weiter, so beim Arbeitsvertrag, Konsumentenvertrag, im Wechsel- und Checkrecht (SCHWANDER, Erfüllungsort, 688 f.).

2. wird eine bestimmte Sache geschuldet, so ist diese da zu übergeben, wo sie sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befand;
3. andere Verbindlichkeiten sind an dem Orte zu erfüllen, wo der Schuldner zur Zeit ihrer Entstehung seinen Wohnsitz hatte.

³ Wenn der Gläubiger seinen Wohnsitz, an dem er die Erfüllung fordern kann, nach der Entstehung der Schuld ändert und dem Schuldner daraus eine erhebliche Belästigung erwächst, so ist dieser berechtigt, an dem ursprünglichen Wohnsitz zu erfüllen.

In Art. 74 Abs. 1 OR ist die Vereinbarung des Erfüllungsorts nach übereinstimmendem Parteiwillen geregelt; in Abs. 2 erfolgt eine Regelung bei Fehlen dieses Willens.

In Abs. 2 Ziff. 1 OR wird die Geldschuld als *Bringschuld* geregelt, in Abs. 2 Ziff. 2 und 3 werden die übrigen Schulden als *Holschulden* statuiert.

Wie erwähnt, reicht bei der *Holschuld* ein blosses «Zur-Verfügung-Stellen» der Sache.⁹³ Dabei unterscheidet das OR, ob es sich um Speziesschulden (Stückschulden) handelt oder um andere Verbindlichkeiten. Die Speziessache ist am Ort zur Verfügung zu stellen, wo sich die Sache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses befindet (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Als Auffangregelung für alle anderen Verbindlichkeiten wird der Wohnsitz des Gläubigers zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit als Erfüllungsort statuiert (Abs. 2 Ziff. 3 OR).

2. *Bestimmung aufgrund Parteiwillen (Art. 74 Abs. 1 OR)*

a) *Zustandekommen und Gültigkeit der Vereinbarung*

Das schweizerische Privatrecht steht auf dem Boden der Privatautonomie,⁹⁴ eine Vereinbarung des Erfüllungsorts ist daher innerhalb der gesetzlichen Schranken zu beachten.

Der Erfüllungsort ist i.d.R. Nebenabrede innerhalb des Vertrags (*accidentalium negotii*).⁹⁵ Auch wenn er ausnahmsweise subjektiv wesentlicher Vertragspunkt sein sollte,⁹⁶ kennt er grundsätzlich gegenüber dem Vertrag (z.B. Kauf- oder Werkvertrag) keine selbständige Existenz.⁹⁷ Somit sind zwei Prüfungen zu unterscheiden: Ist der Vertrag zustande gekommen, in dessen Rahmen die Erfül-

93 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2120.

94 Dazu BUCHER, OR AT, 87 ff.

95 Dazu BUCHER, OR AT, 117.

96 Art. 2 Abs. 1 OR; dazu BUCHER, OR AT, 117 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 341 ff.; vgl. WEBER, Art. 74 N 62 f.; vorne § 3B.II.1. Z.B. beim Alleinvertretungsvertrag kann die räumliche Umschreibung der entsprechenden Unterlassungspflichten von tragender Bedeutung sein.

97 Ausnahmsweise ist eine selbständige Vereinbarung des Erfüllungsorts etwa betreffend den Zahlungsort von Schadenersatz aus unerlaubter Handlung oder Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung denkbar; WEBER, Art. 74 N 68.

lungsortsvereinbarung getroffen wurde? Und liegt in diesem Rahmen eine gültige Erfüllungsortsvereinbarung vor?⁹⁸

Das Zustandekommen des Vertrags an sich sowie das Zustandekommen der darin enthaltenen Erfüllungsortsabrede erfordern beide Konsens im Sinne übereinstimmender Willensäußerungen der Parteien⁹⁹. Zum Zustandekommen des der Erfüllungsortsabrede zugrundeliegenden Vertrags hat sich der Konsens auf alle wesentlichen Punkte des Vertrags (*essentialia negotii*) zu erstrecken.¹⁰⁰ Besteht keine Übereinstimmung des inneren Willens (natürlicher Konsens) der Parteien, so kann aufgrund der abgegebenen Erklärungen dennoch ein normativer Konsens vorliegen. Zu seiner Bestimmung wird das Vertrauensprinzip¹⁰¹ herangezogen, wonach die Erklärung einer Partei so auszulegen ist, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste.¹⁰²

Ist eine Vereinbarung derart zustande gekommen, so besteht die Möglichkeit der Partei, bei welcher Wille und Erklärung auseinander gehen, deren Gültigkeit durch einseitige Willenserklärung (Anfechtung) zu Fall zu bringen (Art. 24 Ziff. 1–3 OR).¹⁰³ Hinzu tritt die Möglichkeit einer Anfechtung wegen eines wesentlichen Irrtums in der Geschäftsgrundlage.¹⁰⁴

Die *zwingenden allgemeinen Schranken*, welche einer Vereinbarung in Art. 19–21 OR und Art. 2 und 27 ZGB gesetzt sind,¹⁰⁵ werden im unmittelbaren Zusammenhang mit der Vereinbarung eines Erfüllungsorts kaum je Bedeutung erlangen. Als besondere Schranken seien die wenigen zwingenden Vorschriften zum Erfüllungsort, so im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht und im Privatver sicherungsrecht, erwähnt.¹⁰⁶

98 Vorliegend ausgeklammert bleiben die Fragen betreffend Rechts- und Handlungsfähigkeit sowie der Stellvertretung (vgl. dazu BUCHER, OR, Art. 1 N 31 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 299 ff.; N. 1305 ff.).

99 Art. 1 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 308 ff. Der Konsens hat auch den Verpflichtungswillen der Parteien zu umfassen (BUCHER, OR AT, 112 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 320).

100 Art. 1 Abs. 1 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 321, N 330 ff.

101 BUCHER, OR AT, 122; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 207.

102 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 207, N 316. Zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben und zum Einbezug von AGB als Sondertatbestände des Zustandekommens hinten § 3B.III.2.f) und § 3B.III.2.g).

103 Dazu BUCHER, OR AT, 122 ff.; 194–202.

104 Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR; dazu BUCHER, OR AT, 202 ff.

105 Vgl. BUCHER, OR AT, 115 f.

106 WEBER, Art. 74 N 46. Als eine solche Schranke stellt sich Art. 12 SchKG dar, wonach Forderungen des Zwangsvollstreckungsschuldners nur beim Betreibungsamt erfüllt werden können (vgl. Fn. 268).

b) *Inhaltsermittlung und Auslegung der Vereinbarung*

Ziel der richterlichen Vertragsauslegung ist die Feststellung eines übereinstimmenden wirklichen Willens der Parteien im Sinne von Art. 18 OR Abs. 1 OR – ein Wille, der auch unabhängig vom Wortlaut allfälliger Erklärungen der Parteien zu bestimmen ist (subjektive Auslegung; *falsa demonstratio non nocet*).¹⁰⁷

Erstes *Auslegungsmittel* ist der Wortlaut, in dem sich die Parteien ausgedrückt haben.¹⁰⁸ Eine ausdrückliche Abrede liegt vor, wenn sich deren Sinn eindeutig aus der Sprache oder anderen Ausdrucksmitteln wie den verwendeten Zeichen ergibt¹⁰⁹. Bei der stillschweigenden (konkludenten) Abrede wird der Geschäftswille aus dem Verhalten einer Person *unter den konkreten Umständen* abgeleitet.¹¹⁰ Als Auslegungsmittel bei einer konkludenten Vereinbarung sind sämtliche Umstände heranzuziehen, die im Zusammenhang mit dem betreffenden Rechtsverhältnis stehen.¹¹¹ Dazu zählen namentlich die Begleitumstände des Vertragsschlusses, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss sowie die Interessenlage der Parteien.¹¹² Als weiteres und in der Praxis bedeutsames Auslegungsmittel dient eine allenfalls bestehende Verkehrssitte.¹¹³

Während ausländische Rechtsordnungen eine Reihe ausdrücklich normierter *allgemeiner Auslegungsregeln* enthalten,¹¹⁴ haben Literatur und Rechtsprechung für OR (und BGB) die entsprechenden Regeln selber entwickeln müssen.¹¹⁵ Im Ergebnis unterscheiden sich die Vertragsauslegungsregeln der europäischen Rechtsordnungen aber nicht wesentlich, weil sie sich auf gemeinsame römischrechtliche Wurzeln zurückführen lassen.¹¹⁶

Wie erwähnt, ist die Feststellung des tatsächlichen übereinstimmenden Willens der Parteien erstes Ziel;¹¹⁷ ist der übereinstimmende tatsächliche Wille nicht festzustellen, so kommt subsidiär die objektivierte (normative) Auslegung zum Zug. Bei dieser Auslegung ist darauf abzustellen, was vernünftige und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen gewollt und ausgedrückt haben würden¹¹⁸ (Auslegung der Erklärung nach *Treu und Glauben*¹¹⁹).

107 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1200 m.w.H.

108 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1206 ff.

109 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 178 ff.; N 188; SCHWENZER, OR, N 27.09; WEBER, Art. 74 N 61; BGE 121 III 34.

110 SCHWENZER, OR, N 27.10; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 188 ff.; BUCHER, OR AT, 113.

111 WEBER, Art. 74 N 74.

112 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1212 ff.

113 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1217 ff.; dazu hinten § 3B.III.2.d).

114 Art. 1156–1164 CC/F; so auch die PICC und PECL, hinten § 4C.V.1.b) und § 4D.V.4.a).

115 BUCHER, OR AT, 183.

116 BUCHER, OR AT, 183.

117 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1200.

118 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1201.

119 BUCHER, OR AT, 182, 186.

Als wichtige, von der Praxis entwickelte Regel ist die Auslegung in *contra stipulatorem* zu erwähnen, wonach eine unklare Vertragsbestimmung im Zweifel zu Ungunsten ihres Verfassers auszulegen ist.¹²⁰

Sind verschiedene Vertragsauslegungen möglich, führt aber die eine zur Gültigkeit und die andere zur Ungültigkeit der Vereinbarung, so ist die Auslegung *in favorem negotii* grundsätzlich zu bevorzugen.¹²¹

c) *Auslegung der konkludenten Vereinbarung und Vertragsergänzung durch dispositives Recht*

Die Erfüllungsortvereinbarung erfolgt oft nicht ausdrücklich, sondern bloss konkludent.¹²² Bei Fehlen auch einer konkludenten Vereinbarung ist die Bestimmung des Erfüllungsorts Gegenstand richterlicher *Vertragsergänzung*. Die Abgrenzung zwischen konkludenter Vereinbarung und Vertragsergänzung spielt im vorliegenden Zusammenhang eine wesentliche Rolle: Nach einer weit vertretenen Auslegung knüpfen die rev. LugÜ/EuGVO besondere Rechtsfolgen an die Beurteilung, ob von einer Erfüllungsortvereinbarung auszugehen ist oder von einer ergänzungsbedürftigen Lücke des Vertrags.¹²³

Vertragsergänzung kommt zum Zug, wenn die Parteien zu einer für die Abwicklung des Vertrags notwendigen Regel keine Regel getroffen oder keine Einigung gefunden haben¹²⁴, der Vertrag mithin eine Lücke aufweist.

Sofern das Gesetz eine dispositive Regelung zur Verfügung stellt, steht diese bei der Vertragsergänzung im Vordergrund.¹²⁵ Ein «hypothetischer Parteiwille» zur richterlichen Vertragsergänzung¹²⁶ ist diesfalls nicht zu ermitteln, weil die Vertragslücke ohne Weiteres mit dem dispositiven Recht gefüllt wird.

Jedoch kann sich andererseits die Frage stellen, ob besondere Anforderungen an eine Vereinbarung zu stellen seien, um eine dispositive gesetzliche Regelung überlagern zu können. Nach dem Grundsatz der *gesetzeskonformen Interpretation* sind Abreden eng auszulegen, welche vom dispositiven Gesetzesrecht abweichen; im Zweifel greift eine Auslegung, welche dem dispositiven Recht entspricht.¹²⁷

Die Frage, ob und wann dem dispositiven Recht derogatorische Kraft gegenüber einer Vereinbarung zukommen kann, stellt sich hier wie im übrigen Privat-

120 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1231. Sie findet Anwendung vor allem bei AGB; hinten § 3B.III.2.g).

121 SCHWENZER, OR, N 33.07; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1235.

122 Vgl. die Beispiele bei WEBER, Art. 74 N 78 ff.; hinten § 3B.III.2.e).

123 Hinten § 12I.IV.2; § 12I.V.3.e)ii).

124 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1248; vgl. BUCHER, OR AT, 186 f.

125 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1254 f. BUCHER (OR AT, 187; OR, Art. 2 N 14) spricht in diesem Fall im Übrigen nicht von Vertragsergänzung, sondern zählt das dispositive Recht zum Vertragsinhalt i.w.S.

126 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1256 ff.

127 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1230; BGE 126 III 388 E 9d, 10a.

recht.¹²⁸ Nach einer Lehrmeinung wird auf die Verschiedenheit der Zwecksetzung dispositiver Normen Rücksicht genommen. Enthält eine dispositive Norm einen materiellen Ordnungsgehalt, welchen der Gesetzgeber für im Normalfall gerecht und angemessen hält, so soll eine entgegenstehende Vereinbarung nur zum Tragen kommen, wenn sie *ausdrücklich* erfolgt ist.¹²⁹ Bei den Normen, welche bloss wegen der Unabdingbarkeit einer Anordnung bestehen und bloss Ausdruck einer vom Gesetzgeber vermuteten Publikumsauffassung sind, ist eine Wegbedingung der dispositiven Regelung hingegen ohne Weiteres möglich.¹³⁰

Gehalte materieller Gerechtigkeit stehen bei der dispositiven Normierung des Erfüllungsorts im Hintergrund; der Erfüllungsort hat hauptsächlich die Funktion, Gefahrtragungsrisiken in örtlicher Hinsicht zu regeln.¹³¹ Art. 74 Abs. 1 OR gibt denn auch bereits mit seinem Wortlaut ein Signal, dass es sich bei der Regelung des Erfüllungsorts um eine Norm dieser Art handelt; dasselbe wird durch den Wortlaut des Art. 74 Abs. 2 i.i. «Wo nichts anderes bestimmt ist» noch unterstrichen. Die vorstehenden Differenzierungen kommen vorliegend nicht zum Tragen, der Raum für die gesetzeskonforme Interpretation bleibt eng begrenzt. Damit genügt zur Ausschaltung der dispositiven Regelung grundsätzlich die konkludente, vom dispositiven Gesetzesrecht abweichende Abrede des Erfüllungsorts.¹³²

d) *Verkehrssitte*

Die Verkehrssitte ist vorliegend¹³³ in zwei Funktionen zu beachten. Sofern sich die Parteien – ausdrücklich oder konkludent – auf sie beziehen, wird sie zum Vertragsinhalt. Sie dient zudem als Auslegungsmittel für unklare Vertragsklauseln.¹³⁴

Ist die Leistung nicht bereits aus ihrer Natur oder den Umständen heraus an einem bestimmten Ort zu erfüllen, so kann die Verkehrssitte wichtige Anhaltspunkte liefern: Bestand der Verkehrssitte und Möglichkeit ihrer persönlichen und räumlichen Zuordnung zu den Vertragsparteien (Kaufleute einer bestimmten Branche in einem bestimmten räumlichen Umfeld der Geltung der Verkehrssitte)

128 BUCHER, OR AT, 179.

129 Vgl. das Beispiel einer solchen Norm mit materiellem Gerechtigkeitsgehalt bei BUCHER, Gesetzesrecht, 258 f.; BUCHER, OR AT, 179 Fn. 5: Korrespondierendes Rücktrittsrecht des Vertragspartners nach Art. 158 Abs. 3 OR bei Abrede eines Reugeldes.

130 BUCHER, OR AT, 179; BUCHER, Gesetzesrecht, 259 f.

131 Vorne § 2A; § 3B.II.1.

132 WEBER, Art. 74 N 60; unter Vorbehalt der wenigen zwingenden Regelungen im Schuldbetriebs- und Konkurs- und im Privatversicherungsrecht (WEBER, Art. 74 N 46).

133 Vorliegend nicht relevant sind die Fälle der gesetzlichen Verweisung auf die Verkehrssitte (z.B. Art. 81 Abs. 2 OR) und der Vertragsergänzung. Die Verkehrssitte kann grundsätzlich bei der richterlichen Vertragsergänzung eine wichtige Rolle spielen; eine einschlägige Verkehrsübung entspricht vermutlich am ehesten einem «hypothetischen Parteiwillen» (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1258). Diese Rolle ist ihr aber vorliegend wegen der klaren dispositiven Regelung des Art. 74 OR verbaut (vorne § 3B.III.2.c).

134 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1218 f.; BGE 94 II 157 E 4b.

sind Indizien dafür, dass die Parteien die Geltung der Verkehrssitte als rechtliche Lösung voraussetzen.¹³⁵ Bezogen auf den Erfüllungsort spielt die Verkehrssitte in der Praxis eine massgebliche Rolle.¹³⁶

e) *Beispiele konkludenter Vereinbarungen nach Umständen und nach Verkehrssitte*

Aus Gegenstand und Natur der Verpflichtung ergibt sich in bestimmten Fällen fast zwingend eine konkludente Vereinbarung des Erfüllungsorts. Die Opernaufführung findet im Opernhaus statt, die Fabrikarbeit wird im Fabrikgebäude des Arbeitgebers geleistet, der Bauunternehmer hat den Neubau auf dem Grundstück des Bestellers zu errichten, das Heizöl ist in den Tank des Käufers einzufüllen.¹³⁷

Aufgrund einer entsprechenden Verkehrssitte besteht bei synallagmatischen Verträgen eine Tendenz zur *Konzentration* der Erfüllung von Leistung und Gegenleistung am Ort der vertragscharakteristischen Leistung, womit eine Spaltung des Erfüllungsorts vermieden wird.¹³⁸ Das gilt vor allem beim Barkauf wie auch allgemein bei Verträgen, die eine Leistung Zug-um-Zug vorsehen, so z.B. bei Markt- und Ladenkäufen oder in Shopping Centers.¹³⁹ Hier fällt der Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung mit dem Erfüllungsort der charakteristischen Leistung zusammen, z.T. entgegen der dispositiven Regelung in Art. 74 OR. Eine Konzentration des Erfüllungsorts ist auch in Fällen anzunehmen, in welchen der die charakteristische Leistung erbringende Vertragspartner zum Erfüllungsort eine feste, und der andere Vertragspartner nur eine flüchtige Beziehung hat,¹⁴⁰ so z.B. beim Haustürverkauf.

Als weitere Beispiele für konkludente Vereinbarungen, die sich aus den konkreten Umständen oder aus einer entsprechenden Verkehrssitte ergeben können, seien genannt:

- Bei der Ablieferung eines *Werkes* gilt i.d.R. der Herstellungsort als Erfüllungsort. Ist der Unternehmer zur Erstellung oder Reparatur eines Gebäudes oder zu Arbeiten an mit dem Boden fest verbundenen Sachen verpflichtet, so ist deren Lageort massgeblich.¹⁴¹

135 Vgl. SCHWENZER, OR, N 7.11, N 33.06; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2130; vgl. BUCHER, OR AT, 178.

136 Vgl. nachstehend sowie die konkreten Beispiele bei WEBER Art. 74 N 78 ff., in denen sich die Bestimmung des Erfüllungsorts z.T. aus den Umständen, z.T. aus einer Verkehrssitte ergibt.

137 WEBER, Art. 74 N 74; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2131; SCHWENZER, OR, N 7.10.

138 Eine entsprechende Tendenz zur Konzentration besteht bereits bei ausdrücklichen Vereinbarungen (vgl. FECHNER 5 ff.).

139 WEBER, Art. 74 N 75; LEHNER 51.

140 WEBER, Art. 74 N 77.

141 WEBER, Art. 74 N 85.

- Beim Werklieferungsvertrag steht eine Vermutung auf der Seite des Hol-schuldprinzips; ohne Weiteres können hingegen auch eine Versendungs- oder eine Bringschuld (konkudent) vereinbart sein.¹⁴²
- Beim Auftrag herrscht Variantenreichtum, der Erfüllungsort hängt stark von den konkreten Umständen des Vertrags ab: Tätigkeit des Arztes je nachdem in der Praxis oder am Krankenbett.¹⁴³ Lohn und Aufwendungsersatz des Beauftragten sind an dessen Wohnsitz zu leisten.¹⁴⁴ Die Herausgabe- und Rechenschaftspflichten des Beauftragten werden im Sinne einer Konzentration des Erfüllungsorts daselbst angenommen.¹⁴⁵
- Unterlassungspflichten wie sie sich z.B. aus Alleinvertretungsverträgen oder Konkurrenzverboten ergeben: sollte der Erfüllungsort nicht ausdrücklich geregelt sein, so wird sich deren örtliche Bestimmung meist aus den vertraglichen Zielsetzungen und Interessen der Parteien ergeben,¹⁴⁶ denn bei Alleinvertretungsverträgen ist das örtliche Element oft von tragender Bedeutung.¹⁴⁷
- Mit der bargeldlosen Überweisung auf Postcheck- oder Bankkonto ist eine «Bezahlung» nach einem engeren Verständnis von Art. 84 OR nicht möglich.¹⁴⁸ Mit der Nennung der Bank- oder Postcheck-Kontonummer in der Korrespondenz oder sogar mit einer blossen Publikation der Postcheck-Kontonummer in einem Kontoverzeichnis ist aber die Ermächtigung zur bargeldlosen Zahlung i.d.R. ausreichend erteilt.¹⁴⁹ In einer solchen Vereinbarung ist oft gleichzeitig eine Vereinbarung eines Erfüllungsorts am Sitz des Geldinstituts zu erblicken.¹⁵⁰

f) *Kaufmännisches Bestätigungsschreiben*

Ein Bestätigungsschreiben, das sich auf eine vorangehende (mündliche) Vereinbarung bezieht, jedoch von dieser abweicht, weil der bestätigte Vertrag überhaupt nicht oder nicht mit dem bestätigten Inhalt zustande gekommen ist, kann konstitutive Wirkung haben. Diese Wirkung wird auf den Tatbestand einer Vertrauenshaf-

142 SCHRANER, Art. 74 N 53; vgl. GAUTSCHI, Art. 363 N 6c.

143 SCHRANER, Art. 74 N 54.

144 Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

145 WEBER, Art. 74 N 86; SCHRANER, Art. 74 N 54; a.M. bei der Herausgabe von Geld FELLMANN, Art. 400 N 157, der insofern eine Konzentration der Erfüllungsorte am Sitz des Mandatars ablehnt; im deutschen Recht findet keine Konzentration des Honoraranspruchs am Ort der Kanzlei statt, hinten § 3C.II.2.c).

146 Vgl. WEBER, Art. 74 N 98.

147 CHEVRIER E., *Actualités Dalloz* (5.2.2007), *Procédure civile* (Dalloz) 2007.

148 WEBER, Art. 74 N 99 und N 99a, m.w.H.; relativierend GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2317 f.

149 Vgl. WEBER, Art. 74 N 104; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2316.

150 Vgl. WEBER, Art. 74 N 104.

tung des Empfängers gestützt.¹⁵¹ Der Vertrag kommt demnach nach Massgabe des Bestätigungsschreibens zustande oder wird entsprechend geändert, wenn dem Bestätigungsschreiben nicht innerhalb angemessener Frist widersprochen wird.¹⁵² Das gilt unabhängig von den Intentionen des Absenders, der sich der Abweichung durchaus bewusst sein kann.¹⁵³ Ob nur Änderungen die geschilderten Rechtsfolgen haben, welche die Position des Empfängers verbessern, ist umstritten. Aus der genannten Perspektive der Vertrauenshaftung heraus sind aber Abweichungen auch zu Ungunsten des Erklärungsempfängers zur konstitutiven Wirkung zuzulassen, solange sie sich im Rahmen einer Handelsübung bewegen und nicht Abweichungen darstellen, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Interessen des Empfängers führen.¹⁵⁴ Bestätigungsschreiben haben die beschriebene Wirkung umgekehrt nicht, wenn sie vom Vereinbarten in einem Mass abweichen, in dem nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf.¹⁵⁵

g) *Allgemeine Geschäftsbedingungen*

i) Einbezug von AGB

In der Praxis ist der Erfüllungsort häufig in AGB geregelt.¹⁵⁶ Der Einbezug von AGB in den Vertrag bedarf einer Willenseinigung durch die Parteien,¹⁵⁷ wobei im kaufmännischen Verkehr auch ein stillschweigender Einbezug ausreicht, insbesondere wenn sich ein solcher aus vorangehenden Geschäftsbeziehungen oder einem Handelsbrauch ergibt.¹⁵⁸ Widersprechende Individualabreden gehen dem Inhalt der AGB vor.¹⁵⁹

Ungewöhnliche AGB-Klauseln werden bei geschäftsunerfahrenen Kunden nur angewendet, wenn der Verwender besonders darauf hingewiesen hat. Die Ungewöhnlichkeitsregel kann u.U. auch im kaufmännischen Verkehr zum Zug kommen.¹⁶⁰ Die Rechtsprechung dazu wurde anhand von Klauseln entwickelt, welche

151 BGE 114 II 250; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1164. Nach a.M. tritt diese Wirkung ein, wenn das Bestätigungsschreiben als Offerte betrachtet wird, dessen widerspruchslose Entgegennahme als Akzept durch Stillschweigen zu qualifizieren ist (BUCHER, OR AT, 142).

152 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1162 ff., bes. N 1163; BUCHER, OR AT, 141 f.

153 BGE 114 II 250 E 2.a.

154 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1169 m.w.H.

155 BGE 114 II 250 E 2.a.; vgl. BGE v. 4.3.2002 4C 303/2001 E 4.b. und v. 12.3.2002 4C 382/2001 E 3.b.

156 SCHRANER, Art. 74 N 43.

157 SCHWENZER, OR N 45.01; BUCHER, OR, Art. 1 N 52.

158 SCHWENZER, OR, N 45.05. Im vorliegend nicht interessierenden Konsumentenbereich gelten die Obliegenheiten des Verwenders, auf die AGB hinzuweisen, sowie der anderen Partei die Möglichkeit zu verschaffen, von den AGB Kenntnis zu nehmen (SCHWENZER, OR, N 45.02 f.)

159 BUCHER, OR, Art. 1 N 54.

160 Vgl. FURRER, AGB, 77; SCHWENZER, OR, N 44.03.

dem Konsumenten den Wohnsitzgerichtsstand entziehen;¹⁶¹ sie wird darüber hinaus auf Klauseln angewandt, welche einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen oder erheblich vom gesetzlichen Rahmen des Vertragstyps abweichen.¹⁶² Klauseln, welche dem Verkäufer das Recht geben, zwischen verschiedenen Erfüllungsorten auszuwählen, sind unter diesem Gesichtspunkt unbedenklich, solange die Voraussehbarkeit der möglichen Erfüllungsorte gewahrt bleibt.¹⁶³

Ob diese Rechtsprechung auch auf *gerichtsstandsrelevante Erfüllungsortsklauseln* anwendbar ist, wird angezweifelt.¹⁶⁴ Aus teleologischer Sicht ist eine Ausdehnung der Rechtsprechung abzulehnen, denn die Wirkungsweise der Erfüllungsortvereinbarung unterscheidet sich von derjenigen der Gerichtsstandsvereinbarung. Weil letztere vermutungsweise ausschliesslicher Natur ist, entzieht sie dem Beklagten den Wohnsitzgerichtsstand. Der Vertragsgerichtsstand ist demgegenüber ein alternativer Gerichtsstand, der ohnehin und zum Vornherein neben dem Wohnsitzgerichtsstand besteht.¹⁶⁵ Die Erfüllungsortvereinbarung schafft weder einen neuen Gerichtsstand, noch entzieht sie dem Beklagten die Möglichkeit, am Wohnsitzgerichtsstand verklagt zu werden; der Vertragsgerichtsstand wird ggf. lediglich an einem anderen Ort angesiedelt.

Folgt man dennoch der entgegengesetzten Auffassung, so schlagen die qualifizierten Erfordernisse des schweizerischen AGB-Rechts trotzdem nicht voll durch. Bei Gerichtsstandsvereinbarungen, die dem rev. LugÜ/EuGVO oder dem LugÜ unterfallen, wird das materielle Recht von den Formvorschriften des übergeordneten Staatsvertrags- bzw. Ordnungsrechts überlagert. Für Gerichtsstandsvereinbarungen lassen diese Formvorschriften eine milde «Schriftlichkeit» oder z.T. sogar Mündlichkeit genügen.¹⁶⁶ Diese Bestimmungen sind m.E. analog auf die Erfüllungsortvereinbarung anzuwenden, soweit der Gerichtsstand betroffen ist. Andernfalls entstünde eine systematische Schiefelage zwischen der nach multilateralen Instrument fast formfrei zulässigen Gerichtsstandsvereinbarung und der Erfüllungsortvereinbarung, für welche die genannten Instrumente überhaupt keine Formvorschrift vorsehen.

Verwenden die Parteien *sich widersprechende AGB*, so stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls welche AGB-Klauseln gültig sind. Hier tendiert die Lehre zur Auffassung, dass die sich im Ergebnis widersprechenden Klauseln zufolge eines Teildissenses betreffend den in den AGB enthaltenen *accidentalialia negotii* ungültig sind (*Restgültigkeitstheorie*), womit in diesem Bereich Vertragsergänzung –

161 BGE 109 Ia 55 E 3a; SCHWENZER, OR, N 45.07; BUCHER, OR, Art. 1 N 61.

162 SCHWENZER, OR, N 45.07; BGE 119 II 443E 1c.

163 FECHNER 13 f.; vgl. hinten § 3B.III.2.i)iii).

164 SCHRANER, Art. 74 N 43, m.w.H.

165 KLEMM 33 f.

166 Art. 17 Abs. 1 LugÜ/EuGVÜ/Art. 23 Abs. 1 EuGVO.

meist durch das dispositive Recht – zu erfolgen hat.¹⁶⁷ Die «Theorie des letzten Wortes», derzufolge die AGB derjenigen Partei zur Anwendung kommen, die im unwidersprochenen Bestätigungsschreiben darauf verwiesen hat, führt demgegenüber zu zufälligen und deshalb unbefriedigenden Ergebnissen.¹⁶⁸

ii) Inhaltskontrolle

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht sanktioniert Art. 8 UWG die Verwendung unlauterer AGB. Dabei handelt es sich um Bedingungen, die «... in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei a) von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder b) eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.» Das UWG konkretisiert diesen Grundsatz nicht mit einem Klauselkatalog, wie er z.B. in der AGB-Richtlinie und im BGB vorgesehen ist.¹⁶⁹ Die Frage ist umstritten, ob eine gegen Art. 8 UWG verstossende Klausel zu obligationenrechtlichen Behelfen der Anfechtbarkeit¹⁷⁰ oder Nichtigkeit¹⁷¹ führt,¹⁷² oder ob der Vertragspartner des Verwenders auf die Rechtsbehelfe des UWG verwiesen ist.¹⁷³

iii) Auslegung von AGB

Was die *Auslegung von AGB* anbelangt, so steht die *Unklarheitenregel* im Vordergrund (Auslegung *contra stipulatorem*). Sie greift in Zweifelsfällen und besagt, dass diejenige Auslegung vorzuziehen ist, welche für den Erklärenden ungünstiger ist.¹⁷⁴

Eine Theorie der *einheitlichen Auslegung* will AGB gleichförmig und schematisch (sozusagen gesetzesähnlich) auslegen, ohne Berücksichtigung der einzelnen Verträge, in welche sie einbezogen werden. Diese Theorie wird für das schweizerische Recht zu Recht abgelehnt.¹⁷⁵ AGB sind Bestandteile eines individuellen Einzelvertrags und als solche nach den Umständen des Einzelfalls auszulegen.¹⁷⁶

167 SCHWENZER, OR, N 45.15; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHLECHTRIEM, Art. 19 N 21; FURRER, AGB, 75; BUCHER, OR, Art. 1 N 68; KOLLER, OR AT, Bd. 1, 388 f.

168 SCHWENZER, OR, N 45 N 15; vgl. a.M. (mit Einschränkungen): GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1135; KÖHLER 64.

169 Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 93/13 (EWG) des Rates v. 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen; für eine Vergleichung mit dem schweizerischen ABG-Recht SCHMID, 55 ff.; zum deutschen Recht vgl. hinten § 3C.II.2.d).

170 Art. 28 oder Art. 21 OR.

171 Art. 19 Abs. 2 oder Art. 20 Abs. 1 OR.

172 SCHWENZER, OR, N 46.05; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1156 ff.

173 Vgl. SCHWENZER, OR, N 46.05. Zu den Grenzen einer effizienten Inhaltskontrolle über das Wettbewerbsrecht: BUCHER, OR, Art. 1 N 55.

174 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1231 ff.

175 BUCHER, OR AT, 159; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1241. Für die erwähnte Beurteilung nach Lauterkeitsrecht ist eine Objektivierung hingegen unumgänglich (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1242).

176 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1241.

h) *Standardisierte Lieferklauseln*

Bestimmungsort der Ware, Gefahrtragung und andere Modalitäten werden in der Praxis der kaufmännischen Warenkaufs- und Werklieferverträge¹⁷⁷ häufig in standardisierten *Lieferklauseln* wie den INCOTERMS¹⁷⁸ geregelt. Als vorformulierte Vertragsklauseln¹⁷⁹ gelten solche Klauseln nur, wenn sie Bestandteil der Parteivereinbarung geworden sind.¹⁸⁰ Bei Widerspruch mit einer Individualvereinbarung geht diese vor.¹⁸¹

Die INCOTERMS werden von der Internationalen Handelskammer herausgegeben. Es handelt sich um Lieferklauseln, die wesentliche Käufer- und Verkäuferpflichten für die wichtigsten im internationalen Handel gebräuchlichen Lieferverträge festhalten,¹⁸² so etwa die Versandungspflicht des Verkäufers (unter Angabe des Bestimmungsorts oder «Lieferorts»)¹⁸³, die Bezahlung des Kaufpreises, die Tragung der Preisgefahr¹⁸⁴, die Tragung von Transportkosten, die Versicherung, die Beschaffung von Dokumenten und Bewilligungen, die Verpackung, Benachrichtigungspflichten u. dgl. mehr.¹⁸⁵

Wenn die Lieferortsklauseln auch i.d.R. den Bestimmungsort der Ware angeben, so ist bei einer Reihe von INCOTERMS wie auch bei anderen Lieferklauseln unklar, ob sich diese lediglich zu den vorstehend erwähnten Fragen äussern, oder auch eigentliche Erfüllungsortvereinbarungen für die Ware enthalten können.¹⁸⁶

Die Frage ist nicht generell, sondern im Kontext des individuellen Vertrags und der einschlägigen Handelsbräuche zu beantworten.¹⁸⁷ Das BGer hat jedenfalls bei Lieferklauseln im Zweifel eine Abrede betreffend den Erfüllungsort angenommen.¹⁸⁸

177 BÜHLER, Art. 367 N 14.

178 International Commercial Terms, Fassung 2000; <http://www.iccwbo.org/policy/law/id315/index.html>; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 30 N 3.

179 BREDOW/SEIFFERT 5

180 BUCHER, OR AT, 153; BUCHER, OR, Art. 1 N 50; a.M. MANKOWSKI, Art. 5 N 149.

181 Vgl. Portugiesisches Supremo Tribunal de Justiça v. 23.10.2007, Agravo 07A3119, kommentiert bei NORDMEIER 275 ff.

182 BREDOW/SEIFFERT 1.

183 BENICKE 98.

184 BREDOW/SEIFFERT 7.

185 BENICKE 97 ff.; BUCHER, OR BT, 137 f.; WEBER, Art. 74 N 71; BREDOW/SEIFFERT 7.

186 KOLLER, OR AT, Bd. 2, 38; vgl. PALANDT-HEINRICHS, § 269 N 10. Die INCOTERMS betrachten grundsätzlich als erfüllungsortsrelevant SCHWENZER, OR, N 7.08; SCHACK, Erfüllungsort, N 49 f.; PALANDT-HEINRICHS, § 269 N 10 i.f.; gegen Betrachtung als Erfüllungsortvereinbarungen: BUCHER, OR BT, 138; SCHRANER, Art. 74 N 39; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2123 (Fn. 46); LEU, Art. 74 N 3; KRÜGER, § 269 N 17.

187 Vgl. SCHWENZER, OR, N 7.11.; PILTZ, Gerichtsstand, 56 f.; KRÜGER, § 269 N 17; DONZALLAZ, N 4758.

188 «Franko» (BGE 49 II 70 E 3), «loco» (BGE 47 II 549); «Frei Haus» als Bringschuld: Kantonsgericht Zug v. 11.12.2003, ZGGVP 2003, 2008 ff., E 2.3 (*obiter*; im Übrigen aber inkonsequent, weil a.a.O. eine Gerichtsstandsrelevanz der Bringschuld ablehnend; vgl. GIRSBERGER/SCHRAMM,

Die Klausel der Gruppe E (EXW; Ex Works) ist eine reine Abholklausel, bei denen der Verkäufer die Ware am benannten Ort zur Verfügung stellen muss.¹⁸⁹ Damit liegt lediglich eine Holschuld vor.¹⁹⁰ Die Klauseln der Gruppe F¹⁹¹ verpflichten den Verkäufer, die Ware dem vom Käufer beauftragten Frachtführer zu übergeben. Mit der Übergabe gehen Gefahr- und Kostentragung auf den Käufer über.¹⁹² Ggf. kann damit ein Transport der Ware bis zum Hauptfrachtführer verbunden sein; im Wesentlichen enthält diese Klausel indessen eine Holschuldregelung.

Wie bei den Klauseln der Gruppe F erfüllt der Verkäufer bei den Klauseln der Gruppe C¹⁹³ seine Lieferpflicht mit der Übergabe der Ware an den Frachtführer. Hier liegt der Erfüllungsort,¹⁹⁴ an welchem die Gefahr des zufälligen Untergangs der Ware auf den Käufer übergeht.¹⁹⁵ Jedoch ist der Verkäufer *zusätzlich* vertraglich verpflichtet, den Transportvertrag abzuschliessen.¹⁹⁶ Damit impliziert die Klausel das Vorliegen einer *Versendungsschuld*.

Wie erwähnt ist umstritten, ob gewisse Klauseln den (dispositiven) Erfüllungsort der Ware tangieren, indem sie eine eigentliche *Bringschuld* statuieren. Hier stehen die sog. *Ankunftsklauseln* der Gruppe D¹⁹⁷ im Vordergrund, nach welchen der Verkäufer die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der Verschlechterung der Ware trägt, bis sie im Bestimmungsland des Käufers angelangt ist.¹⁹⁸ Diese Verschiebung des Übergangs der Preisgefahr zum Käufer hin ist ein Indiz dafür, dass der Erfüllungsort ebenfalls beim Käufer liegt, und damit eine eigentliche Bringschuld vorliegt.¹⁹⁹ V.a. bei einem Vertrag, der die Klausel DDP enthält, weisen starke Indizien in die Richtung einer erfüllungsortsrelevanten Bringschuld. Die

Entwicklungen, 92); offen gelassen in öst. OGH v. 16. 12. 2003, Rs. 4Ob147/03a; WEBER, Art. 74 N 72; tendenziell für Erfüllungsortsklausel DONZALLAZ, N 4756, bezugnehmend auf Cour de cassation v. 9. 2. 1994; offen gelassen von öst. OGH v. 16. 12. 2003, Rs. 4Ob147/03a; dagegen OLG Hamm v. 6. 12. 2005, Rs. 19 U 120/05, IHR 2/2006, 85; MAGNUS, UN-Kaufrecht, 48; KOLLER, OR AT, Bd. 2, 38.

189 BREDOW/SEIFFERT 12; NORDMEIER 276 f.

190 Zu Holschuld, Versendungsschuld und Bringschuld sowie Gefahrtragung vgl. vorne § 3B.I.2.

191 FCA (Free Carrier); FAS (Free Alongside Ship), FOB (Free On Board).

192 BREDOW/SEIFFERT 12.

193 CIF (Cost, Insurance, Fright), CFR (Cost and Fright), CPT (Carrier Paid To) und CIP (Carriage and Insurance Paid to). Diese Klauseln werden «Zweipunkt-klauseln» genannt, weil Gefahr- und Kostentragung auseinanderfallen (BREDOW/SEIFFERT 13).

194 PALANDT-HEINRICH, § 269 N 10.

195 BREDOW/SEIFFERT 12 f.; BENICKE 99.

196 BENICKE 99; BREDOW/SEIFFERT 12 f.; 14. Weitere Nebenpflichten wie der Abschluss einer Transportversicherung können hinzutreten.

197 So DAF (Delivered At Frontier), DES (Delivered Ex Ship); DEQ (Delivered Ex Quay), DDU (Delivered Duty Unpaid) und DDP (Delivered Duty Paid; mit Bestimmungsort Niederlassung des Käufers); SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 76; BREDOW/SEIFFERT 13 f.; BENICKE 99.

198 BENICKE 99; BREDOW/SEIFFERT 13.

199 Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 76.

Klausel hält innerhalb der INCOTERMS die Maximalverpflichtung des Verkäufers fest: Die Ware ist nämlich auf volle Kosten und Gefahrtragung des Verkäufers am Ort des Käufers zur Verfügung zu stellen, wobei auch alle Ausfuhr- und Einfuhrmodalitäten vom Verkäufer zu erledigen und die entsprechenden Abgaben vom Verkäufer zu zahlen sind.²⁰⁰

i) *Mehrheit von Erfüllungsorten einer Verpflichtung*

i) Allgemeines

Jeder einzelnen vertraglichen Verpflichtung ist grundsätzlich ein eigener Erfüllungsort zuzuordnen; der Vertrag als solcher hat keinen Erfüllungsort.²⁰¹ Weil aus einem einzelnen Vertrag mehrere vertragliche Verpflichtungen fliessen, können einem Vertrag insgesamt oft mehrere Erfüllungsorte zugeordnet werden. Nebenpflichten sind allerdings i.d.R. am Erfüllungsort der Hauptpflicht zu erfüllen, welcher sie zuzuordnen sind.²⁰²

Art. 74 OR ordnet einer Verpflichtung lediglich einen einzigen Erfüllungsort zu. Aus einer Vereinbarung bzw. aus den Umständen kann sich indessen ergeben, dass eine einzelne Verpflichtung mehrere Erfüllungsorte hat.²⁰³ Dies rührt daher, dass Gegenstand der schuldnerischen Verpflichtung die Leistung des Schuldners ist,²⁰⁴ und dass eine einzige Verpflichtung mehrere Leistungsinhalte umfassen kann,²⁰⁵ oder verschiedene Teilleistungen unterschieden werden können.²⁰⁶

ii) Alternative Erfüllungsorte

Eine Mehrzahl von Erfüllungsorten für die Verpflichtung einer Partei kann *alternativ* zur Verfügung stehen: Eine Partei hat nach Vereinbarung die Wahl zwischen mehreren Erfüllungsorten für dieselbe Leistung, oder zwischen mehreren Leistungen, die je einen verschiedenen Erfüllungsort besitzen.²⁰⁷ Im vorliegenden Zusammenhang entstehen daraus keine besonderen Probleme; die entsprechende Wahl-

200 BREDOW/SEIFFERT 107 ff.; vgl. auch 103 ff. (zu DDU).

201 MEIER, Erfüllungsort, 67; KOLLER, OR AT, Bd. 2, 33; SCHRANER, Art. 367 N 25; vorne § 3B.I.1.

202 SCHRANER, Art. 74 N 27; vgl. vorne Fn. 44.

203 SCHRANER, Art. 74 N 31.

204 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 35.

205 So kann eine Verpflichtung gleichzeitig ein Tun, ein Unterlassen und ein Dulden enthalten; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 38 (vgl. dortiges Beispiel des Vermieters, der die Mietsache übergibt, den Gebrauch des Mieters duldet und den eigenen Gebrauch unterlässt).

206 SCHWENZER, OR, N 7.24. So z.B. bei der Lieferung einer Anzahl gattungsmässig bestimmter Kaufgegenstände an mehrere Detailhändler, deren Niederlassungen sich an verschiedenen Orten befinden; vgl. zum Fall EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05; hinten § 12I.VI.2.a)ii).

207 Für letztere Variante vgl. Art. 72 OR; SCHRANER, Art. 74 N 31; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2114; N 2267 ff. Ausschliesslich der Erfüllungsort der Hauptleistung ist hingegen bei der alternativen Ermächtigung massgeblich (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2114).

erklärung der dazu berechtigten Partei konzentriert in beiden Fällen den Erfüllungsort an einem einzigen Ort.

iii) Kumulative Erfüllungsorte

Bei der Beurteilung ist vorab zu klären, ob eine einzige oder aber mehrere (Haupt-) Verpflichtungen ein und derselben Partei vorliegen. Letztere Situation tritt v.a. im Rahmen komplexer Verträge auf;²⁰⁸ sie steht ausserhalb der vorliegenden Fragestellung, zumal auch bei diesen Verträgen für jede Verpflichtung ein separater Erfüllungsort zu bestimmen ist.

Ausserdem ist vorab zu klären, ob lediglich eine Frage der geographischen Umschreibung des Erfüllungsorts im Vertrag vorliegt. Der (alleinigen) Arbeitsverpflichtung des Handelsreisenden gegenüber seinem Patron werden in der Literatur sowohl ein einziger, oder aber auch eine Mehrzahl verschiedener Erfüllungsorte zugeordnet.²⁰⁹ Das ist kein Widerspruch. Es ist nämlich jeweils aus der Sicht des konkreten Vertrags zu entscheiden, ob ein geographisch breit gefasster Erfüllungsort angenommen werden kann (Erfüllungsort ist z.B. ein bestimmter schweizerischer Kanton) oder ob es auf den Wohnsitz der einzelnen Kunden innerhalb des Rayon ankommt.²¹⁰

Es besteht auf allen Ebenen eine Tendenz zur Konzentration der Erfüllungsorte. Sie ist bereits zwischen den Hauptverpflichtungen der beiden Vertragsparteien zu verzeichnen.²¹¹ In dieselbe Richtung zielt die erwähnte – allerdings ebenso auf Vertrags- und nicht auf Verpflichtungsebene angesiedelte – Regel, wonach die Nebenpflichten einer Partei i.d.R. am Erfüllungsort der Hauptpflicht, welcher sie zugeordnet werden, zu erfüllen sind.²¹² Bei mehreren Leistungen wird allgemein eine Konzentration beim Erfüllungsort der Hauptleistung vorgeschlagen.²¹³ Bei mehreren Leistungen, die an verschiedenen Orten in einer festgesetzten oder sich aus der Natur der Verpflichtung ergebenden Sequenz erbracht werden,²¹⁴ soll im Übrigen an den Ort der letzten, zur Erfüllung notwendigen Handlung des Schuldners angeknüpft werden.²¹⁵ Eine unbedeutende oder nicht

208 Siehe hinten § 12H.III.2.

209 Mehrere Erfüllungsorte an den Kundenorten: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2113; SCHRANER, Art. 74 N 31; Ein einziger, dafür geographisch breit gefasster Erfüllungsort: WEBER, Art. 74 N 83.

210 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2108.

211 Vorne § 3B.III.2.e).

212 SCHRANER, Art. 74 N 27; vorne § 3B.III.2.i)i) und vorne Fn. 44.

213 In diese Richtung KOLLER, OR AT, Bd. 2, 32. Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2114; BUCHER, OR AT, 303. Es ist nicht klar, ob letztere Autoren den Grundsatz auf der Ebene der einzelnen Verpflichtung (in Bezug auf Teilleistungen) oder auf der Vertragsebene (in Bezug auf verschiedene Verpflichtungen) anwenden.

214 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2112 f.

215 TERCIER, N 973; BUCHER, OR AT, 303; SCHACK, Erfüllungsort, N 9.

vorhersehbare Teilhandlung kann aber nicht als letzte Handlung massgeblich sein,²¹⁶ denn eine solche ist in aller Regel nicht Gegenstand einer konkludenten Vereinbarung des Erfüllungsorts.²¹⁷ Zu suchen ist vielmehr eine letzte «typische» Hauptpflicht.²¹⁸

Die vorstehenden Regeln sind dispositiv. Ob den verschiedenen Leistungsinhalten bzw. Teilleistungen einer Verpflichtung je ein eigener Erfüllungsort zuzuordnen ist, oder eine Konzentration des Erfüllungsorts erfolgen kann, ist m.E. auf der Ebene des konkreten Vertrags und aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensprinzips zu bestimmen.

Bei Dienstleistungsverpflichtungen, die keine Sachschuld darstellen, und lediglich eine *schlichte Tätigkeitsleistung*²¹⁹ zum Gegenstand haben, erfolgt eine Konzentration des Erfüllungsorts. Hintergrund dafür ist das Vertrauensprinzip.²²⁰ Eine Ausübung der Tätigkeit des Schuldners an unterschiedlichen Orten ist für den Gläubiger oft nicht erkennbar, spielt für ihn keine Rolle oder erscheint als unvorhersehbar oder zufällig. In solchen Fällen ergibt sich ein einheitlicher Erfüllungsort der Hauptverpflichtung aus Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR oder einer (oft konkludenten) Vereinbarung des Erfüllungsorts, die am erkennbaren Schwerpunkt der Tätigkeit anzunehmen ist.²²¹

Beispiel: Der Anwalt empfängt seine Klientschaft in der Kanzlei zur Beratung, studiert die Akten zu Hause, verfasst die Rechtsschrift im Ferienhaus und vertritt die Klientschaft vor dem Gericht einer anderen Stadt.

Zur Bestimmung des Erfüllungsorts darf im vorliegenden Beispiel keine Rolle spielen, wo der Anwalt die Akten studiert oder die Rechtsschrift verfasst. Erfüllungsort für die Hauptverpflichtung des Anwalts oder der Anwältin – das sorgfältige Tätigwerden im Interesse der Klientschaft,²²² einschliesslich der Ablieferungs- und Rechenschaftspflichten²²³ – bleibt die Anwaltskanzlei,²²⁴ denn bei ihr liegt i.d.R. der äusserlich erkennbare und damit für die andere Partei massgebliche Schwerpunkt der Anwaltstätigkeit. Unterschiedliches gilt, wenn die Vertretung in einer Verhandlung vor einem Gericht, das sich an einem anderen Ort als die Anwaltskanzlei befindet, in den Tätigkeiten eingeschlossen ist.²²⁵ Diese Teilleistung

216 SCHACK, Erfüllungsort, N 9.

217 Vgl. WEBER, Art. 74 N 55.

218 SCHACK, Erfüllungsort, N 9; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2114.

219 Verpflichtung zu einer blossen Tätigkeit, im Gegensatz zu einer Erfolgsverpflichtung (vorne § 3B. I.).

220 Normativer Konsens beim Zustandekommen der Vereinbarung; vgl. vorne § 3B.III.2.a).

221 Mit selbem Ergebnis SCHACK, der für diesen Fall eine «wertende Entscheidung» verlangt (Erfüllungsort, N 9). Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2115.

222 BUCHER, OR BT, 229 ff.

223 Art. 400 Abs. 1 OR.

224 Vgl. SCHRANER, Art. 74 N 54; vgl. WEBER, Art. 74 N 86; vgl. SCHACK, Erfüllungsort, N 79.

225 MEIER, Erfüllungsort, 60.

kann sinnvoll nur am Ort des Gerichts erbracht werden (was auch für die Klientenschaft ohne Weiteres erkennbar ist).

Die dargestellten Konzentrationstendenzen des Erfüllungsorts werden im Gerichtsstandsrecht aufgenommen; der deutsche BGH hat einen dem Mandatsbeispiel entsprechenden Fall unter der EuGVO beurteilt.²²⁶

Vorwiegend bei Verpflichtungen, die *Erfolgsleistungen* zum Gegenstand haben,²²⁷ kann dagegen eine Aufteilung in einzelne, für beide Parteien identifizierbare *Teilleistungen* massgeblich sein. Als Beispiel diene der erwähnte Kaufvertrag über eine Anzahl gattungsmässig bestimmter Kaufgegenstände,²²⁸ die gemäss Vereinbarung mit der Käuferin an eine Reihe von Detailhandelskaufleuten zu liefern sind, deren Niederlassungen sich an verschiedenen Orten befinden.

Wurde eine *Bringschuld* vereinbart, so ist m.E. auf die Erfüllungsorte der Teilleistungen abzustellen, soll der Erfüllungsort in dieser Situation seine materiellrechtlichen Funktionen erfüllen können.²²⁹ Der Verkäufer hat in der Sicht der Käuferin erst richtig erfüllt, wenn er die jeweils vereinbarte Anzahl Kaufgegenstände örtlich korrekt an alle vereinbarten Niederlassungen abgeliefert hat – andernfalls gerät er in Verzug; entsprechend trägt der Verkäufer während der Reise sämtlicher Ware bis zum jeweiligen Bestimmungsort die Leistungsgefahr.²³⁰ Unter zuständigkeitsrechtlichem Aspekt hat sich der EuGH zum vorliegenden Kaufvertrag in diesem Sinn geäussert.²³¹

Handelt es sich im vorliegenden Beispiel um eine *Versendungsschuld*, so bleibt zwar ein einheitlicher Erfüllungsort i.e.S. am Sitz des Verkäufers gewährleistet. Gleichzeitig ist aber eine Vielzahl von Erfolgsorten (Erfüllungsorte i.w.S.) zu verzeichnen, an welchen der rechtliche Erfolg (Übergang des Besitzes am Vertragsgegenstand, Übergang des Eigentums) stattfinden soll.²³²

IV. Bestimmung nach dispositiver Regelung (Art. 74 Abs. 2 und 3 OR)

1. *Stückschulden und «andere Schulden»* (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 OR)

Für *Stückschulden* gilt der Lageort zur Zeit des Vertragsschlusses als Erfüllungsort (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Gattungsschulden fallen demgegenüber unter Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR (Wohnsitz des Schuldners).

226 Hinten § 12I.VI.2.a)ii).

227 Vorne § 3B.I

228 Vorne Fn. 206.

229 Zu den materiellrechtlichen Funktionen des Erfüllungsorts vorne § 3B.II.1.

230 Vorne Fn. 55.

231 Vgl. EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05; hinten § 12I.VI.2.a)ii).

232 Vorne § 3B.I.1; § 3B.I.3.

Gegenstand der Stückschuld ist ein von den Parteien individualisierter Gegenstand, auf den sich die Verpflichtung des Schuldners bezieht.²³³ Als Forderungsgrundlagen kommen neben dem Kauf (Barkauf)²³⁴ auch Miete, Pacht, Leihe, Hinterlegungsverträge, Sacheinlagen bei der Gründung einer AG oder der Erwerb einer Unternehmung in Frage.²³⁵ Der Gläubiger hat die Sache vom Lageort abzuholen; es handelt sich mithin um eine *Holschuld* im technischen Sinne, weshalb er mit Risiko und i.d.R. Kosten des Transportes belastet ist.

Die Stückschuld-Regelung kann auch für Rückgabepflichten bei Wandelung eines Kauf- oder Werkvertrags nach Art. 208 oder 368 OR gelten. Diesfalls ist zur Bestimmung des Lageorts der Zeitpunkt der Wandelung, nicht der Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgeblich.²³⁶

Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR wird in der Literatur zum Schutz des Gläubigers²³⁷ teleologisch reduziert. So wird vertreten, dass auf die Bestimmung durch den Lageort zu verzichten sei, wenn dieser flüchtig oder zufällig ist.²³⁸ In grundsätzlicherer Weise wird postuliert, der Gegenstand habe sich mit dem *Wissen und Willen beider Parteien* an einem vom Wohnsitz des Schuldners verschiedenen Ort zu befinden.²³⁹ Dieser Denkrichtung ist zuzustimmen, denn der Erfüllungsort wäre andernfalls für den Gläubiger der Sachleistung aleatorisch.²⁴⁰ Gleichzeitig findet damit eine erhebliche Annäherung an den vereinbarten Erfüllungsort statt: Wird neben dem Wissen auch der Wille beider Parteien einbezogen, so verliert Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR seinen Anwendungsbereich, weil in dieser Situation ohnehin eine Erfüllungsortvereinbarung vorliegt. Dem Gläubigerschutz wäre bereits ausreichend Rechnung getragen, wenn der Lageort im Augenblick des Vertragsschlusses *bekannt* war²⁴¹ oder bekannt hätte sein müssen. Die Differenzierung über das Willenselement ist indessen zu fein, als dass sie in der Praxis eine erhebliche Rolle spielen könnte.²⁴²

Die Regelung der «*übrigen Schulden*» in Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR funktioniert als genereller *Auffangtatbestand*. Erfüllungsort ist der Schuldnerwohnsitz, es handelt sich um *Holschulden*. Im Gegensatz zu den Bringschulden ist der Erfüllungs-

233 BUCHER, OR AT, 103; WEBER, Art. 74 N 136.

234 LEHNER, 51; KOLLER, Art. 184 N 98.

235 WEBER, Art. 74 N 136.

236 BGE 109 II 26 E 4; WEBER, Art. 74 N 138.

237 WEBER, Art. 74 N 134.

238 WEBER, Art. 74 N 135.

239 VON TUHR/ESCHER, 42.

240 Vgl. SCHRANER, Art. 74 N 83; vgl. hinten § 12I.V.2.

241 Allein auf das Wissensselement stellen zutreffend ab: SCHWENZER, OR, N 7.15; SCHRANER, Art. 74 N 83.

242 So kommt das deutsche Recht – gestützt auf eine entsprechende Verkehrssitte – zum annähernd selben Ergebnis, ohne dass dieses Recht über eine ausdrückliche Normierung wie Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR verfügen würde (hinten § 3C.II.2.c).

ort unbeweglich ausgestaltet, er wird im Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses fixiert.

Forderungsgrundlagen können z.B. Kaufverträge über unbegrenzte und begrenzte Gattungsschulden, Stückschulden, die zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht existierten oder Verpflichtungen zu einem Tun bzw. zu einem Unterlassen (so bei Alleinvertriebsverträgen²⁴³) sein.²⁴⁴

Den Gläubiger trifft bei der Holschuld eine Abholobliegenheit, andernfalls gerät er in Gläubigerverzug (Art. 91 OR). Der Schuldner muss lediglich die Leistung zur allgemeinen Geschäftszeit zur Verfügung halten.²⁴⁵ Erfüllungsort bleibt auch bei der Versendungsschuld der Wohnsitz des Schuldners. Mit der Versendung hat der Schuldner seine Verpflichtungen erfüllt.²⁴⁶

2. *Geldschulden*

Geldschulden sind Summenschulden; sie zeichnen sich dadurch aus, dass der Schuldinhalt allein durch eine Zahl bestimmt werden kann.²⁴⁷ Ist die Geldschuld nicht näher bezeichnet, so lautet sie in der Landeswährung. Die Erfüllung kann in bar oder – sofern vereinbart²⁴⁸ – durch Überweisung auf ein Post- oder Bankkonto erfolgen.²⁴⁹ Als Geldschulden im Sinne von Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR gelten auch vertragliche Sekundärleistungspflichten bei Leistungsstörungen.²⁵⁰ Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR gestaltet diese Geldschulden als Bringschulden aus.²⁵¹ Das gilt grundsätzlich auch für die bargeldlose Zahlung.²⁵²

Die Regelung der Geldschuld als Bringschuld²⁵³ steht im Einklang mit dem CISG,²⁵⁴ den PICC²⁵⁵ und den PECL.²⁵⁶ Dieselbe Lösung kennen dem Grundsatz

243 BGE 124 III 188 E 4c.

244 WEBER, Art. 74 N 143.

245 Art. 79 OR.

246 WEBER, Art. 74 N 43 f. Präzisierend dazu vorne § 3B.I.; § 3B.I.2.

247 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2288 f.; WEBER, Art. 84 N 130. Da der Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung für die vorliegende Gerichtsstandsproblematik (rev. LugÜ/EuGVO, Revision IPRG) im Hintergrund steht, wird er nicht einlässlich behandelt.

248 SCHMIDT 691.

249 WEBER, Art. 74 N 99; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2317.

250 Vgl. SCHWENZER, OR, N 4.18 f.

251 Zur Bringschuld vorne § 3B.I.2.

252 SCHRANER, Art. 74 N 102.

253 Neben den ausdrücklich oder konkludent vereinbarten Abweichungen bestehen bei Geldschulden gesetzliche Ausnahmen vom Bringschuld-Prinzip. Nach dem erwähnten Art. 12 SchKG (Fn. 106) sind Forderungen des Vollstreckungsschuldners beim Betreibungsamt zu erfüllen; der Gläubiger hat diese Zahlungen dort abzuholen (Art. 12 SchKG; BGE 56 III 19). Weitere Ausnahmen gelten bei Forderungen mit einer Präsentationsklausel, bei Schuldbrief und Gült (Art. 861 Abs. 1 ZGB).

254 Hinten § 4B.II.4.b).

255 Hinten § 4C.V.2.

256 Hinten § 4D.V.4.d).

nach Dänemark, Finnland, Griechenland, Irland, Island, Italien, Norwegen, die Niederlande, Portugal, Schweden, die Schweiz und das Vereinigte Königreich.²⁵⁷ Nach dem Recht von Belgien, Frankreich,²⁵⁸ Luxemburg und Spanien sind Geldschulden grundsätzlich Holschulden.²⁵⁹ In Deutschland ist die Geldschuld qualifizierte Versandungsschuld,²⁶⁰ ebenso in Österreich²⁶¹ und in den USA.²⁶²

Zu Gunsten der Ausgestaltung als Bringschuld ist anzuführen, dass die Risikoverteilung zu Gunsten des Geldgläubigers, was die Gefahr von Verlust oder Verzögerung der Zahlung anbelangt, den Bedürfnissen des modernen Zahlungsverkehrs entspricht.²⁶³ Die Bezahlung am Ort des Gläubigers schafft für den Schuldner weniger Aufwand, als eine Abholung des Geldes am Ort des Schuldners für den Gläubiger bedeuten würde.²⁶⁴

3. *Änderung des Erfüllungsorts bei Bringschulden*

Aufgrund der dispositiven Regelung des Art. 74 Abs. 3 OR hat der Gläubiger bei Bringschulden am Wohnsitz des Gläubigers zur Zeit der Erfüllung zu leisten.²⁶⁵ Art. 74 Abs. 3 OR ist damit v.a. auf Geldschulden ausgerichtet.²⁶⁶

Die bewegliche Ausgestaltung des Erfüllungsorts der Bringschuld beeinträchtigt die Rechtsstellung des Schuldners und insbesondere die Voraussehbarkeit seines Erfüllungsaufwandes. Bei Wohnsitzwechsel des Gläubigers bietet Art. 74 Abs. 3 OR deshalb einen Interessenausgleich: Ändert der Gläubiger den Wohnsitz nach dem Zeitpunkt, in dem er die Erfüllung fordern kann, und wird die Rechtsstellung des Schuldners dadurch erheblich beeinträchtigt, so kann dieser am ursprünglichen Wohnsitz des Gläubigers erfüllen.²⁶⁷ Diese Erfüllung findet durch Hinterlegung statt.²⁶⁸

257 TAKAHASHI, 542; DONZALLAZ, N 4680 ff.

258 Hinten § 3D.II.

259 TAKAHASHI, 542; DONZALLAZ, N 4693 ff.

260 Hinten § 3C.II.3.

261 Art. 905 Abs. 2 ABGB (DONZALLAZ, N 4698).

262 SCHRANER, Art. 74 N 73.

263 Vgl. SCHWENZER, Internationaler Gerichtsstand für die Kaufpreisklage, 275; GA LENZ, Nr. 26.

264 Vgl. WEBER, Art. 74 N 107 m.w.H.; LEHNER, 47 f.

265 WEBER, Art. 74 N 146.

266 WEBER, Art. 74 N 147.

267 WEBER, Art. 74 N 150.

268 WEBER, Art. 74 N 148 f.

C. Materielles deutsches Recht

I. Funktion und Bedeutung des Erfüllungsorts

Bedeutung und Funktion des Erfüllungsorts²⁶⁹ sind im deutschen materiellen Recht weitgehend dieselben wie im schweizerischen Recht.²⁷⁰ Erfüllungsort ist der Ort, an welchem der Schuldner seine Verpflichtung zu erbringen hat, und wo der Gläubiger berechtigt ist, die Leistung zu empfangen. Als Leistungsmodalität ist der Erfüllungsort massgeblich für die Frage des Verzugs; er spielt weiter eine Rolle für den Übergang der Gefahr bei einer Sachverpflichtung und kann ferner bei der Tragung von Transport- und übrigen Nebenkosten Bedeutung haben.²⁷¹ Bestehen lokale Unterschiede bei Handelsbräuchen, so ist der Erfüllungsort zu deren Bestimmung i.d.R. massgeblich.²⁷²

Wie aus schweizerischer Perspektive ist zwischen Erfüllungstätigkeit und Leistungserfolg zu differenzieren; der Leistungserfolg kann demnach bei einer Versendungsschuld an einem anderen Ort eintreten als am Erfüllungsort i.e.S. (Erfolgort; Erfüllungsort i.w.S.).²⁷³

II. Bestimmung des Erfüllungsorts

I. Gesetzliche Regelung

Vorbehaltlich einzelner Sondervorschriften zum Erfüllungsort²⁷⁴ ist dieser in § 269 BGB geregelt. Der damit im Zusammenhang stehende § 270 BGB sei ebenfalls wiedergegeben. Er regelt laut ausdrücklicher Vorschrift von § 270 Abs. 4 BGB nicht den Erfüllungsort, sondern allein Fragen der Transferkosten und Gefahrtragung.

BGB § 269 Leistungsort

(1) Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Ort zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte.

269 In Deutschland wird der Ausdruck «Leistungsort» als Synonym verwendet (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, 8. Aufl. Zürich 2003, N 2110). SCHACK, Erfüllungsort, N 1 verwendet den Begriff «Leistungsort» in bewusster Abgrenzung zum Erfüllungsort, den er allein im Zivilprozessrecht verwenden will.

270 Siehe vorne § 3B.II.1.

271 KRÜGER, § 269 N. 1; SCHACK, Erfüllungsort, N 21 ff.

272 SCHACK, Erfüllungsort, N 28.

273 KRÜGER, § 269 N 2; PALANDT-HEINRICHS, § 269 N 1; SCHACK, Erfüllungsort, N 7; Vgl. vorne § 3B.I.

274 KRÜGER, § 269 N 11; SCHACK, Erfüllungsort, N 40.

(2) Ist die Verbindlichkeit im Gewerbebetrieb des Schuldners entstanden, so tritt, wenn der Schuldner seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Ort hatte, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.

(3) Aus dem Umstand allein, dass der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat, ist nicht zu entnehmen, dass der Ort, nach welchem die Versendung zu erfolgen hat, der Leistungsort sein soll.

BGB § 270 Zahlungsort

(1) Geld hat der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln.

(2) Ist die Forderung im Gewerbebetrieb des Gläubigers entstanden, so tritt, wenn der Gläubiger seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Ort hat, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.

(3) Erhöhen sich infolge einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Änderung des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers die Kosten oder die Gefahr der Übermittlung, so hat der Gläubiger im ersteren Falle die Mehrkosten, im letzteren Falle die Gefahr zu tragen.

(4) Die Vorschriften über den Leistungsort bleiben unberührt.

2. *Bestimmung aufgrund Parteiwillen (§ 269 Abs. 1 BGB)*

a) *Zustandekommen und Auslegung*

Wie das schweizerische OR ist das BGB der Privatautonomie verpflichtet;²⁷⁵ es behält in § 269 Abs. 1 BGB eine anders lautende Vereinbarung der Parteien ausdrücklich vor. Grundlage der Erfüllungsortvereinbarung ist die Willenseinigung der Parteien,²⁷⁶ welche die wesentlichen Vertragsbestandteile umfassen muss (*essentialia negotii*).²⁷⁷ Die Erfüllungsortvereinbarung kann mittels ausdrücklicher oder mittels konkludenter Willenserklärung erfolgen.²⁷⁸ Die Vertragsauslegung erfolgt nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte.²⁷⁹

b) *Vertragsergänzung*

Die Vertragsergänzung (Lückenfüllung) erfolgt im Grundsatz nach dem dispositiven Recht.²⁸⁰ Allgemein besteht aber im deutschen Recht eine weitergehende Ten-

275 PALANDT-HEINRICH, Überblick vor § 104 N 1.

276 PALANDT-HEINRICH vor § 145 N 1 ff. Abstrakte Erfüllungsortvereinbarungen, welche mit dem alleinigen Zweck abgeschlossen wurden, einen Gerichtsstand nach § 29 ZPO/D oder nach Art. 5 Ziff. 1 EuGVO zu begründen, sind für das materielle Recht unbeachtlich. PALANDT-HEINRICH, § 269 N 9; dazu hinten § 12I.IV.3.b).

277 PALANDT-HEINRICH, vor § 145 N 3.

278 PALANDT-HEINRICH, § 269 N 8; vor § 116 N 6.

279 § 157 BGB.

280 PALANDT-HEINRICH, § 157 N 4 ff.

denz als im schweizerischen, einen Ausschluss dispositiver Gesetzesnormen anzunehmen, und zwar auch ohne anderslautende Vereinbarung und allein aufgrund der Vertragsumstände.²⁸¹ Sobald das dispositive Recht der Interessenlage offensichtlich nicht gerecht wird, bzw. keine «passende» Lösung enthält, wird ein hypothetischer Parteiwille zu Gunsten einer vom dispositiven Recht abweichenden Lösung angenommen.²⁸²

Im Unterschied zum schweizerischen Recht gibt § 269 Abs. 1 BGB denn auch einem Erfüllungsort den Vorrang, welcher sich den «Umständen», und insbesondere der «Natur des Schuldverhältnisses» entnehmen lässt. Damit unterscheidet sich die Bestimmung vom schweizerischen Recht, welches vom «aus den Umständen zu schliessenden Willen der Parteien»²⁸³ spricht, den Parteiwillen also als unabdingbares Tatbestandselement belässt. Die schweizerische Bestimmung gibt damit lediglich die Selbstverständlichkeit wieder, dass die Umstände als Auslegungsmittel der konkludenten Vereinbarung heranzuziehen sind.²⁸⁴ Der Wortlaut des BGB insinuiert hingegen eine vom aktuellen Willen der Parteien unabhängige Bestimmung des Erfüllungsorts und gibt damit den «Umständen» und der «Natur des Rechtsverhältnisses» eine Bedeutung, die über die Auslegung einer konkludenten Vereinbarung hinausgeht. § 269 Abs. 1 BGB spielt somit über den Bereich der Vertragsauslegung in den Bereich der Vertragsergänzung²⁸⁵ hinein.²⁸⁶

In diesem Bereich kann – analog einem schweizerischen Konzept²⁸⁷ – auf den mutmasslichen (hypothetischen) Parteiwillen abgestellt werden.²⁸⁸ Die Verweisung auf die «Umstände» kann aber auch als dispositives Recht verstanden werden, das diese (und damit gleichzeitig Verkehrssitte und Handelsbrauch) inhaltlich zum spezielleren dispositiven Gesetzesrecht erhebt,²⁸⁹ welches der generelleren Regel des § 269 Abs. 1 BGB vorgeht.

Im Ergebnis ist festzuhalten: Die operative Regelung des § 269 BGB kommt erst zum Zug, wenn auch die Bestimmung des Erfüllungsorts anhand der objektiven «Umstände» nicht möglich war, währenddem die dispositive Regelung des Art. 74 OR bereits anzuwenden ist, wenn eine Erfüllungsortsbestimmung aufgrund einer – auch bloss konkludenten – Vereinbarung nicht mehr möglich ist.

281 BUCHER, Gesetzesrecht, 266.

282 PALANDT-HEINRICH, § 157 N 6.

283 Hervorhebung durch den Verfasser.

284 Vorne § 3B.III.2.b); § 3B.III.2.c).

285 SCHACK, Erfüllungsort, N 61, spricht von «ergänzender Auslegung» (entspricht «Vertragsergänzung»; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1263).

286 SCHACK (Erfüllungsort, N 61) erwähnt zur Bekräftigung dieser Sichtweise, dass die Beurteilung nach den «Umständen» erst möglich ist, wenn «... die Parteien weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Vereinbarung getroffen haben ...» und auch kein Handelsbrauch eingreift.

287 Vorne § 3B.III.2.c).

288 Kritisch SCHACK, Erfüllungsort, N 61.

289 Vgl. § 157 BBG.

Die Bestimmung des Erfüllungsorts wird durch das deutsche Konzept vereinfacht: Auf vorhandene «Umstände» kann abgestellt werden, ohne dass nachzuforschen ist, ob diese von einem Parteiwillen getragen sind. Die Bestimmung des Erfüllungsortsgerichtsstands wird hingegen tendenziell erschwert, weil das Konzept die Abgrenzung zwischen dem vereinbarten Erfüllungsort und dem objektivrechtlich bestimmten Erfüllungsort verwischt – eine Abgrenzung, die sowohl beim Gerichtsstand nach § 29 ZPO/D²⁹⁰, wie auch nach einem in der Lehre vertretenen Konzept zu rev. LugÜ/EuGVO eine entscheidende Rolle spielen kann.²⁹¹

c) *Umstände und Verkehrssitte*

Wie vorstehend erwähnt, eröffnet der Bezug auf die «Umstände» bzw. die «Natur des Schuldverhältnisses» nach § 269 Abs. 1 BGB eine ganze Reihe zusätzlicher Tatbestände, die von der operativen Normierung des § 269 BGB abweichen. Ausgangspunkt zur Bestimmung der «Natur» des Vertrags ist eine Analyse und Bewertung der typischen Interessen der Parteien.²⁹² Eine bedeutende Rolle spielen hier Verkehrssitten oder Handelsbräuche,²⁹³ welche nach vorliegendem Konzept eben unabhängig von einer – auch nur konkludenten – Bezugnahme durch die Parteien Anwendung finden können. Darauf gestützt hat die Praxis für verschiedene Vertragstypen eine Reihe von Erfüllungsorten vorskizziert.²⁹⁴

Wie im schweizerischen Recht tendiert die Praxis dazu, bei synallagmatischen Verträgen eine *Spaltung* des Erfüllungsorts zu vermeiden und die Erfüllungsorte der beidseitigen Parteiverpflichtungen am Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Leistung anzunehmen.²⁹⁵ Die Zahlungspflicht bei Marktgeschäften und Ladengeschäften ist am jeweiligen Lokal zu erfüllen, wenn Barzahlungspflicht üblich ist.²⁹⁶

Beim Stückkauf wird die Regel befolgt, wonach sich der Erfüllungsort am Ort der gelegenen Sache bei Vertragsschluss befindet, sofern die Parteien davon wussten. Damit wird in der Praxis die – im Vergleich mit dem schweizerischen Recht undifferenzierte, weil den Lageort der Sache nicht einbeziehende – Regel des § 269 Abs. 1 BGB aufgelockert. Das hat mindestens für Lageorte zu gelten, welche nicht vorübergehend oder zufällig sind.²⁹⁷ Damit nähert sich die deutsche Praxis der Regel des Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR an.

290 WRANGEL 62 f.

291 Dazu hinten § 12J.IV.1.c)i).

292 SCHACK, Erfüllungsort, N 64.

293 SCHACK, Erfüllungsort, N 65 ff.; Handelsbrauch: § 346 HGB.

294 Dazu PALANDT-HEINRICH, § 269 N 12 ff.; SCHACK, Erfüllungsort, N 65 ff.

295 PALANDT-HEINRICH, § 269 N 13.

296 SCHACK, Erfüllungsort, N 67; PALANDT-HEINRICH, § 269 N 12; KRÜGER, § 269 N 20.

297 SCHACK, Erfüllungsort, N 66.

Wareschulden im kaufmännischen Verkehr sind in der Regel Versendungsschulden, während beim Versandhandel Bringschulden anzunehmen sind.²⁹⁸ Bei Erstellung eines Werkes, insbesondere eines Bauwerkes oder beim Einbau von Maschinen gelten der Erstellungs- oder der Einbauort.²⁹⁹ Beim Anwaltsvertrag hat der BGH entgegen einer vormaligen h.M. entschieden, dass der Erfüllungsort der Honorarverpflichtung im Einklang mit dem dispositiven Recht beim Wohnsitz der Klientin liegt, und nicht beim Sitz der Kanzlei.³⁰⁰

d) *Kaufmännisches Bestätigungsschreiben, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Lieferklauseln*

Ein vom vorangegangenen Vertragsschluss oder von Vertragsverhandlungen³⁰¹ abweichendes *kaufmännisches Bestätigungsschreiben* kann dem Empfänger grundsätzlich entgegengehalten werden, wenn dieser nicht unverzüglich widerspricht. Kein Widerspruch ist notwendig, wenn der Bestätigende das Verhandlungsergebnis bewusst unrichtig wiedergegeben hat³⁰² oder das Bestätigungsschreiben so weit vom Verhandlungsergebnis abweicht, dass der Bestätigende vernünftigerweise nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen durfte.³⁰³

AGB sind in den § 305–310 BGB geregelt; im Bereich des Verbraucherrechts stellen sie eine Umsetzung der Klauselrichtlinie v. 5.4.1993³⁰⁴ dar. Zuerst ist der Vorrang der Individualabrede³⁰⁵ vor den AGB zu erwähnen. Für den *Einbezug* im Verbraucherverhältnis treffen den Verwender die Obliegenheiten, auf die AGB hinzuweisen, und zugleich der anderen Partei die Möglichkeit zu verschaffen, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen,³⁰⁶ während im kaufmännischen Ver-

298 PALANDT-HEINRICHS, § 269 N 12; nach SCHACK, Erfüllungsort, N 65, bleibt es aber beim Leistungsort nach § 269 Abs. 1 BGB (Wohnsitz des Schuldners), obwohl regelmässig eine Verpflichtung zum Versand an den Kunden besteht.

299 SCHACK, Erfüllungsort, N 70.

300 BGH v. 11.11.2003, Rs. X ARZ 91/03, FamRZ 2004, 95 ff., mit kritischer Anmerkung GOTTWALD; bestätigt (allerdings nicht im internationalen Verhältnis) durch BGH v. 4.3.2004, Rs. IX ZR 101/03; SCHACK, Erfüllungsort, N 79 f.; für eine Konzentration noch PALANDT-HEINRICHS, § 269 N 14; KRÜGER, § 269 N 21.

301 Ein Vertragsschluss muss nicht vorangegangen sein, blossе Vertragsverhandlungen oder ungültiger Vertragsschluss können unter bestimmten Voraussetzungen ausreichen (SÄCKER, § 151 N 27; N 39; KÖHLER 50).

302 Die innere Einstellung des Absenders spielt – im Gegensatz zum schweizerischen Recht – eine Rolle (SÄCKER, N 40 f.).

303 PALANDT-HEINRICHS, § 148 N 8; vgl. zur insofern identischen Rechtslage in der Schweiz vorne § 3B.III.2.f).

304 EWG-Richtlinie Nr. 93/13. Zur unterschiedlichen Wirksamkeit der Klauselkontrolle im schweizerischen und im Gemeinschaftsrecht: SCHMID, 55 ff.

305 KRÜGER, § 269 N 13.

306 § 310 Abs. 1 BGB; PALANDT-HEINRICHS, vor § 305 N 11.

kehr der Einbezug durch konkludente Willenseinigung ausreichend ist.³⁰⁷ Bei beidseitig verwendeten, sich widersprechenden AGB gilt Restgültigkeitstheorie.³⁰⁸

Auch im kaufmännischen Verkehr gelten für AGB die Ungewöhnlichkeitsregel des § 305c Abs. 1 BGB sowie § 307 BGB, der nach Treu und Glauben eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders verhindern will. Letztere Bestimmung sieht eine eigentliche *Inhaltskontrolle vor*; sie sanktioniert u.a. AGB-Klauseln, die Abweichungen vom Grundgedanken der dispositiven gesetzlichen Regelung enthalten, mit privatrechtlicher Unwirksamkeit.³⁰⁹ Konkretisiert wird die Bestimmung in den Klauselverböten der § 308 und 309 BGB, die allerdings wiederum nur im Verbraucherverhältnis gelten.³¹⁰ Eine – erhebliche – Abweichung von der Erfüllungsortsregelung des § 269 BGB in AGB kann damit grundsätzlich auch zur *Unwirksamkeit einer Erfüllungsortsklausel* führen.³¹¹ Erfüllungsortvereinbarungen sind aber im Sinne der Inhaltskontrolle grundsätzlich nicht sensibel, denn die erwähnten Klauselverböte nehmen darauf keinen Bezug. Die in der Praxis gängigen Erfüllungsortvereinbarungen (bei Bring-, Versendungs- oder Holschuld) sind auch kaum als vom Grundgedanken der dispositiven Regelung abweichend anzusehen.

Die *Auslegung* der AGB folgt der allgemeinen Regel des § 305c Abs. 2 BGB – *in dubio contra stipulatorem*.³¹²

Was die *standardisierten Lieferklauseln* betrifft, so sei auf die Ausführungen zum schweizerischen OR verwiesen.³¹³

3. *Bestimmung aufgrund dispositiver Regelung (§ 269 BGB)*

§ 269 Abs. 1 und 2 BGB statuieren die *Holschuld als Grundregel*.³¹⁴ Dabei sind die Orte des schuldnerischen Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung zur Zeit des Abschlusses des Vertrags massgeblich. Wohnsitz oder Niederlassung perennisieren im Zeitpunkt der Vereinbarung, ein späterer Wechsel ist unbeachtlich. Das dient der Voraussehbarkeit des Erfüllungsorts für den Gläubiger.

307 PALANDT-HEINRICH, § 310 N 4.

308 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHLECHTRIEM, Art. 19 N 21; KÖHLER 64; vgl. vorne § 3B.III.2.g) i).

309 § 307 BGB geht in seiner Schutzwirkung insoweit über die schweizerische Rechtslage hinaus, als einem Verstoß gegen Art. 8 UWG von einem Teil der Lehre keine unmittelbare Nichtigkeit zuerkannt wird; vgl. vorne § 3B.III.2.g)ii).

310 § 310 Abs. 1 BGB; PALANDT-HEINRICH, vor § 305 N 11; was die Geltung der Generalklausel des § 307 BGB hingegen nicht wesentlich berühren soll (vgl. PALANDT-HEINRICH, § 310 N 5).

311 PALANDT-HEINRICH, § 307 N 103.

312 Entsprechend dem schweizerischen Recht; vorne § 3B.III.2.g)iii).

313 Vorne § 3B.III.2.h); vgl. dazu PALANDT-HEINRICH, § 269 N 10.

314 Bei Hinterlegung ist die Sondervorschrift von § 697 BGB zu beachten.

Geldschulden sind nach § 270 Abs. 4 BGB *Versendungsschulden*, im Unterschied zum schweizerischen OR.³¹⁵ Der Erfüllungsort verbleibt formal beim Wohnsitz des Schuldners. Den Schuldner trifft aber nicht nur die Verpflichtung, das Geld zu versenden (und i.d.R. die Kosten dafür zu tragen); er trägt vielmehr auch die Gefahr der Übermittlung an den Gläubiger (qualifizierte Versendungsschuld)³¹⁶. Damit nähert sich die Regelung im Ergebnis der Bringschuld an; als materiellrechtlich relevanter Unterschied zur Bringschuld verbleibt der Umstand, dass es bei der Rechtzeitigkeit der Vornahme auf die Versendung ankommt, und nicht auf das Eintreffen des Geldes im Bereich des Gläubigers.³¹⁷

Wichtige verfahrensrechtliche Konsequenz des formalen Zahlungsorts am Schuldnerwohnsitz ist, dass nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ/EuGVÜ und § 29 ZPO/D der Gerichtsstand am Ort des Zahlungsgläubigers vermieden wird,³¹⁸ was denn auch als Grund für die vorliegende Ausgestaltung des Zahlungsorts durch den deutschen Gesetzgeber angesehen wird.³¹⁹

D. Materielles französisches Recht

I. Funktion und Bedeutung des Erfüllungsorts

Für die Eigentumsübertragung folgt das französische Recht dem Konsensualprinzip,³²⁰ anders als das schweizerische, das dem Kausalitätsprinzip³²¹, und das deutsche, das dem Abstraktionsprinzip³²² verpflichtet ist. Nach dem Konsensualprinzip geht das Eigentum an einer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses existierenden Speziessache mit Abschluss des Vertrags an den Erwerber über.³²³ Damit sind die Bedeutungen des Erfüllungsorts i.e.S. sowie des Erfolgsorts (Erfüllungsort i.w.S.)³²⁴ eingeschränkt, was den Übergang des Eigentums und die Gefahrtragung³²⁵ betrifft.³²⁶ Immerhin stellt diese Regelung lediglich dispositives Recht

315 Bringschuld; vorne § 3B.IV.2.

316 PALANDT-HEINRICHS, § 270 N 1.

317 Dazu SCHMELCHER 39 ff.

318 Dazu hinten § 10C; § 12C.III.

319 LEHNER 12.

320 FERID/SONNENBERGER, Bd. 2, N 2 G 201 f.; SCHACK, Erfüllungsort, N 240; vgl. BUCHER, OR AT, 44.

321 Für das Immobiliarsachenrecht Art. 974 Abs. 1 und 2 ZGB; BUCHER, OR AT 47 ff.

322 Vgl. PALANDT-BASSENGE vor § 854 N 16; BUCHER, OR AT 48.

323 Art. 1583 (Kaufvertrag), Art. 711 und Art. 1138 c.civ.; FERID/SONNENBERGER, Bd. 2, N 2 G 208.

324 Vorne § 3B.I.1; § 3B.I.3.

325 Vgl. FERID/SONNENBERGER, Bd. 2, N 2 G 231.

326 SCHACK, Erfüllungsort, N 240.

dar;³²⁷ etwa mit der Vereinbarung von Versandungsschulden können Eigentumsübergang und Gefahrtragung modifiziert werden.³²⁸

Zur örtlichen Bestimmung von Verkehrssitte oder Handelsbräuchen, die zur Auslegung von zweideutigen Vereinbarungen herangezogen werden, ist im Übrigen nicht der Erfüllungsort, sondern der Abschlussort des Vertrags massgeblich.³²⁹

Die im schweizerischen und deutschen Recht vorzunehmende Unterscheidung in blosse Pflichten zum Tätigwerden (*obligations de moyen*) und eigentliche Erfolgsverpflichtungen (*obligations de résultat*) ist im französischen Recht verhaftet und stammt ursprünglich aus der französischen Doktrin.³³⁰

II. Bestimmung des Erfüllungsorts nach dispositivem Recht

Die allgemeine Vorschrift über den Erfüllungsort lautet:

Article 1247 CC/F

(1) Le paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le paiement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet.

(2) Les aliments alloués en justice doivent être versés, sauf décision contraire du juge, au domicile ou à la résidence de celui qui doit les recevoir.

(3) Hors ces cas, le paiement doit être fait au domicile du débiteur.

Daneben bestehen einzelne Sondervorschriften.³³¹ Vorliegend sind die Spezialbestimmungen den Kaufvertrag betreffend zu erwähnen:

Article 1609 CC/F

La délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la vente, la chose qui en a fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu.

Article 1651 CC/F

S'il n'a rien été réglé à cet égard lors de la vente, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance.

Bei Nicht-Geldschulden statuiert der CC/F die Holschuld als allgemeines Prinzip (Art. 1247 Abs. 3 CC/F); für Stückschulden im Besonderen gilt der Belegenheitsort zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die Spezialvorschrift des Kaufrechts

327 FERID/SONNENBERGER, Bd. 2, N 2 G 225.

328 FERID/SONNENBERGER, Bd. 2, N 2 G 234.

329 Art. 1159 c.civ.

330 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 90 f.; siehe FERID/SONNENBERGER, Bd. 2, N 2 G 234; 2 G 525; vgl. dazu vorne § 3B.I; § 3C.I.

331 Art. 1942 f., 1903 c.civ. sowie im Versicherungs- und Arbeitsrecht (SCHACK, Erfüllungsort, N 239, Fn. 20).

entspricht der allgemeinen Regel betreffend Stückschulden in Art. 1247 Abs. 1 CC/F; beim Gattungskauf gilt Art. 1247 Abs. 3 CC/F. Die Massgeblichkeit des Lageorts wird teleologisch insofern reduziert, als dieser dem Erwerber bekannt sein musste.³³² Damit läuft die Regelung mit Art. 74 OR parallel.³³³

Für Geldschulden gilt nach Art. 1247 Abs. 3 CC/F im Grundsatz das *Holschuldprinzip*. Massgeblich ist der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung.³³⁴ Art. 1651 CC/F ist auf den Barkauf zugeschnitten und gilt ausschliesslich in diesem Bereich.³³⁵ Die Ausgestaltung als Holschuld bedeutet, dass der Gläubiger seine Annahmepflichten am Ort des Schuldners erfüllen muss, um diesen ggf. in Verzug zu setzen.³³⁶

III. Bestimmung nach Parteiwillen

Das französische Privatrecht ist dem Grundsatz der Privatautonomie verpflichtet,³³⁷ Erfüllungsortsvereinbarungen sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sowohl Art. 1247 Abs. 1 wie 1609 CC/F behalten eine Vereinbarung der Parteien vor. Die Vereinbarung entsteht durch Konsens der Parteien;³³⁸ der Bereich des notwendigen Konsenses (*essentialia negotii*) ist breit gehalten: so reicht z.B. ein Konsens über den Kaufpreis nicht aus, solange die Zahlungsmodalitäten noch offen sind.³³⁹

Der CC/F normiert allgemeine Regeln über Inhalt und Auslegung der Verträge in den Art. 1156 bis 1164. Grundlegend ist das Abstellen auf den gemeinsamen Willen der Parteien (Art. 1156 CC/F.). Art. 1157 CC/F verankert die Auslegung *in favorem validitatis*. Weiter sind die systematische Auslegung (Art. 1161 CC/F) und die Auslegung *contra stipulatorem* (Art. 1162 CC/F) vorgesehen. Die Verkehrssitte (am Abschlussort) wird zur Auslegung (Art. 1159 CC/F) sowie zur Ergänzung (Art. 1160 CC/F) der Vereinbarung herangezogen.

Die Erfüllungsortsvereinbarung kann auf einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung basieren;³⁴⁰ letztere kann sich insbesondere aus dem Inhalt einer Verkehrssitte oder von Handelsbräuchen ergeben, oder auf einer *ständigen Übung* zwischen den Vertragspartnern beruhen.³⁴¹

332 SCHACK, Erfüllungsort, N 239.

333 Vorne § 3B.IV.1.

334 WIEDERKEHR, Art. 1247 N 5.

335 SCHACK, Erfüllungsort, N 239.

336 WIEDERKEHR, Art. 1247 N 1.

337 BÉNABENT, N 25 ff., N 56.

338 BÉNABENT, N 56.

339 BÉNABENT, N 65; vgl. Ferid/Sonnenberger Bd. 1, N 1 F 228.

340 Manifestation de volonté tacite, FERID/SONNENBERGER, Bd. 1, N 1 F 97 f.

341 SCHACK, Erfüllungsort, N 238.

Die Geltung *von AGB* beruht grundsätzlich auf den allgemeinen Regeln der Vertragsentstehung, d.h. per Annahme der Offerte durch die andere Partei.³⁴² Der Einbezug erfolgt durch ausdrücklichen Hinweis, wobei die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch die andere Partei gegeben sein muss.³⁴³ Im kaufmännischen Verkehr ist der Einbezug auch nach Vertragsschluss, insbesondere *durch unwidersprochenes kaufmännisches Bestätigungsschreiben*³⁴⁴ möglich.

Besondere Hervorhebungen sind etwa in Bezug auf Gerichtsstandsvereinbarungen oder Eigentumsvorbehalte erforderlich.³⁴⁵ Individuelle Abreden haben Vorrang vor den AGB.³⁴⁶ Nicht übereinstimmende AGB beider Parteien werden auf den kleinsten gemeinsamen Nenner reduziert; sind sie stark widersprüchlich, so wird die Restgültigkeitstheorie angewendet.³⁴⁷ Eine auf die Klauselrichtlinie v. 5.4.1993³⁴⁸ gestützte Inhaltskontrolle erfolgt lediglich im Konsumentenverhältnis.³⁴⁹ Eine weitere Inhaltskontrolle findet durch die Wettbewerbsgesetzgebung statt; im selben Zusammenhang sind die einschlägigen Zirkulare des Wirtschaftsministeriums zum Gesetz über die Klein- und Mittelbetriebe zu beachten.³⁵⁰

E. Ergebnis

Die Differenzierung zwischen vertraglichen Tätigkeits- und Erfolgsverpflichtungen, zwischen Bringschulden, Versendungsschulden und Holschulden, und damit zwischen *Erfüllungsort i.e.S.* und *Erfolgsort* ist den untersuchten Rechtsordnungen gemeinsam. Diese Unterscheidungen ergeben sich aus einem ökonomischen Bedürfnis; entsprechend differenzierende Vereinbarungen kommen nach dem Grundsatz der Privatautonomie ohne Weiteres zum Tragen, widerspiegeln sich aber auch im dispositiven Gesetzesrecht, so z.B. bei der Unterscheidung zwischen den Vertragstypen Auftrag und Werkvertrag.

Im Kern unterscheiden sich die Rechtsordnungen bei der *Entstehung der Erfüllungsortvereinbarung* nicht (Konsenserfordernis; Möglichkeit konkludenter Vereinbarungen). Was die konstitutive Wirkung des unwidersprochenen kaufmännischen Bestätigungsschreibens betrifft, so bestehen im deutschen Recht insofern

342 FAGES, N 225–27; vgl. MAINGUY, N 24.

343 MAINGUY, N 23; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, N 122.

344 Silence circonstancié; FERID/SONNENBERGER Bd. 1, N 1 F 99 f.; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, N 124.

345 MAINGUY, N 15.

346 FAGES, N 325–28.

347 FAGES, N 325–29; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, N 122. zur Restgültigkeitstheorie vorne § 3B.III.2. g) i).

348 EWG-Richtlinie Nr. 93/13.

349 BÉNABENT, N 174.

350 Loi n° 2005–882 v. 2.8.2005.

höhere Anforderungen, als diese Wirkung bei einer bewussten Abweichung durch den Verfasser nicht gewährt wird. Im AGB-Recht sind zwar im Ansatz Abweichungen zwischen dem schweizerischen und den beiden von einer Inhaltskontrolle geprägten Nachbarrechtsordnungen auszumachen. Was den Erfüllungsort betrifft, so wird in der Praxis aber kaum eine unterschiedliche Behandlung resultieren, zumal die gängigen Erfüllungsortsvereinbarungen im Rahmen einer AGB-Inhaltskontrolle nicht sensibel sind.³⁵¹

Das deutsche Recht nimmt eine vertragsergänzende Bestimmung des Erfüllungsorts nach den «Umständen» auch dann vor, wenn diese nicht von einer Vereinbarung der Parteien getragen ist. Im Übrigen bestehen aber keine grundsätzlichen Unterschiede bei der Vertragsauslegung nach den «Umständen»; insbesondere erfahren in diesem Rahmen Verkehrssitten und Handelsbräuche gleichermaßen Beachtung. Auf dieser Grundlage ist im schweizerischen wie im deutschen Recht die Tendenz zu beobachten, die Erfüllungsorte der gegenseitigen Parteiverpflichtungen innerhalb eines Vertrags zu konzentrieren.

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung des dispositivrechtlichen Erfüllungsorts überwiegen die Unterschiede bei der *Geldverpflichtung* (Holschuld im französischen Recht). Was die *vertragscharakteristische Verpflichtung* anbelangt, so sind die Differenzen nicht ausgeprägt.³⁵² Auch bei unterschiedlichem Wortlaut der Gesetzestexte ist eine Annäherung in der Praxis zu beobachten. Zwar ist in § 269 BGB der Lageort als Erfüllungsort im Gesetzestext nicht vorgesehen, im Unterschied zu OR und CC/F. Aber auch das BGB bezieht den Lageort beim Stückkauf über die Vertragsergänzung nach den «Umständen» mit ein, während umgekehrt der Lageort im schweizerischen OR teleologisch reduziert wird. Was schliesslich die massgeblichen Zeitpunkte zur Bestimmung des Wohnsitzes einer Partei anbelangt, so gilt bei Holschulden in allen drei Rechtsordnungen der Wohnsitz zur Zeit des Vertragsschlusses. Was die verbleibenden Abweichungen betrifft, so ist deren praktische Tragweite gering einzuschätzen.

351 Vgl. vorne § 3C.II.2.d).

352 Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden vgl. auch hinten § 12J.IV.1.c)iii).

§ 4 Erfüllungsort nach internationalem Einheitsrecht

A. Materielles Einheitsrecht und internationale Vertragszuständigkeit

Eine Hauptkritik an der materiellrechtlichen Bestimmung des Vertragsgerichtsstands nach LugÜ/EuGVO ist die Disparität der anwendbaren materiellen Rechte, die zu einer international uneinheitlichen Beurteilung der Gerichtsstände und – in Verbindung mit nicht vereinheitlichtem IPR – zu Zuständigkeitskonflikten führen kann.³⁵³ Zur Abhilfe wird ein einheitlicher, rein prozessualer Erfüllungsortsbegriff gefordert.³⁵⁴

Eine internationale Harmonie bei der Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeiten wird aber auch – als willkommener Nebeneffekt – bei einer internationalen Vereinheitlichung des materiellen Vertragsrechts erreicht. IPR-Kollisionsnormen und nationales Vertragsrecht sind im Geltungsbereich³⁵⁵ des Einheitsrechts weitgehend ausgeschaltet.³⁵⁶ Innerhalb seines Anwendungsbereichs stellt das materielle Einheitsrecht sicher, dass der Erfüllungsort auch bei verschiedenen Verträgen nach ein und denselben materiellen Kriterien beurteilt wird. Dagegen vermag vereinheitlichtes IPR allein darauf hinzuwirken, dass der Erfüllungsort ein und desselben Vertrages von allen Gerichten im vereinheitlichten Rechtsraum gleich beurteilt wird.³⁵⁷

Einschränkend ist zu erwähnen, dass Instrumente materieller Rechtsvereinheitlichung in aller Regel keine weltweite Geltung erheischen.³⁵⁸ Diese Instrumente kommen nur innerhalb eines beschränkten, von ihnen selber eingegrenzten geographischen Anwendungsbereichs zum Tragen. Damit bleibt ausserhalb dieses Anwendungsbereichs die Anwendung einer nationalen Rechtsordnung über das IPR des Forums grundsätzlich möglich.

Inwieweit ist von der materiellen Rechtsvereinheitlichung eine Hilfestellung für die Gerichtsstandsfrage zu erwarten? Als weltweit wichtigstes Instrument in diesem Bereich ist das CISG zu beleuchten. Zudem ist dem Grad der Vereinheitlichung auf europäischer Ebene nachzugehen, wobei neben dem heutigen Stand insbesondere auch die zukünftigen Entwicklungen dieser Vereinheitlichung interessieren. Als besonders zukunftsrelevant könnten sich in diesem Rahmen die Re-

353 SCHACK, Erfüllungsort, N 331.

354 Vgl. hinten § 12I.

355 Ein Rückgriff auf IPR und nationales Recht ist beim materiellen Einheitsrecht im Rahmen der Lückenfüllung jedoch nicht ausgeschlossen.

356 Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG; das IPR des Forumstaats kann aber eine Rolle zur Bestimmung dieses Geltungsbereichs spielen; vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG.

357 Vgl. hinten § 6.

358 Sie sind, anders als IPR-Instrumente, i.d.R. keine *erga omnes* geltenden *lois universelles*.

gelingen der PECL erweisen, deren Erfüllungsortsregelung unter die Lupe zu nehmen ist. Ähnliches gilt auf weltweiter Ebene für die PICC.

B. Wiener Kaufrechtsübereinkommen

I. Zum Anwendungsbereich

Das CISG ist weltweit verbreitet; 70 Staaten haben das Instrument ratifiziert. Die *räumlich-persönliche* Anwendbarkeit ist gegeben, wenn die Parteien ihre Niederlassung in zwei Vertragsstaaten des CISG haben.³⁵⁹ Dann erheischt das CISG unmittelbar Anwendung, ohne dass das im Forumstaat anwendbare Kollisionsrecht zwischengeschaltet wird (*autonome Anwendungsalternative*).³⁶⁰ Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, verweist das Kollisionsrecht des Forums³⁶¹ hingegen auf das Recht eines Vertragsstaates, so ist das CISG ebenfalls anwendbar (*kollisionsrechtliche Anwendungsalternative*).³⁶² Der geographische Anwendungsbereich des CISG ist demnach als ausserordentlich weit zu bezeichnen.

Das Übereinkommen ist nur auf *internationale Verträge* anwendbar. Die Internationalität ist gegeben, wenn die Vertragsparteien zur Zeit des Abschlusses ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben.³⁶³

Unabhängig vom Gesagten haben die Parteien die Möglichkeit, die Anwendung des Übereinkommens auszuschliessen oder dessen Bestimmungen zu modifizieren.³⁶⁴

Der *sachliche Anwendungsbereich* des CISG erstreckt sich auf Kaufverträge sowie Werklieferungsverträge betreffend bewegliche körperliche Sachen³⁶⁵, sofern nicht der Besteller einen wesentlichen Teil der Stoffe selber liefern muss³⁶⁶. Ausserhalb des sachlichen Anwendungsbereichs liegt der Werklieferungsvertrag ferner, wenn der überwiegende Teil der Pflichten der Partei, welche die Ware liefert, in der Ausführung von Arbeiten oder anderen Dienstleistungen besteht.³⁶⁷ Aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen sind Konsumentenkaufvertrag, Versteigerungskauf, Zwangsvollstreckung, Wertpapiere oder Zahlungsmittel, See-

359 Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG.

360 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-FERRARI, Art. 1 N 61 ff.

361 Das Kollisionsrecht ist umfassend zu verstehen und umfasst einen allfälligen *renvoi* sowie dessen objektiven und subjektiven Anknüpfungen; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-FERRARI, Art. 1 N 71 ff.

362 Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-FERRARI, Art. 1 N 69 ff.; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 118 N 9 ff.

363 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-FERRARI, Art. 1 N 40 ff.

364 Art. 6 CISG (*opting out*; grundsätzlich dispositive Natur des CISG); SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-FERRARI, Art. 6 N 5 ff.

365 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-FERRARI, Art. 1 N 34 ff.

366 Dazu SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-FERRARI, Art. 3 N 4 ff.

367 Art. 3 Abs. 2 CISG; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-FERRARI, Art. 3 N 12 ff.

schiffe, Binnenschiffe, Luftkissenfahrzeuge oder Luftfahrzeuge und elektrische Energie.³⁶⁸

II. Regelung des Erfüllungsorts

1. Inhalt der Regelung

Der Ort der Erfüllung kann nur bestimmt werden, wenn er mit dem konkreten Erfüllungsanspruch bzw. der spezifischen Leistungspflicht in Verbindung gesetzt wird.³⁶⁹ Hier unterscheidet das CISG – wie Art. 74 OR – zwischen:

- *Zur Verfügung Stellen* (Holschuld); der Vertragsgegenstand wird am Lageort der Sache oder an der Niederlassung des Verkäufers zur Verfügung gestellt. Diese Orte gelten als Erfüllungsorte.
- *Versendung* (Versendungsschuld); der Vertragsgegenstand ist vom Lageort der Sache oder der Niederlassung des Verkäufers (Erfüllungsort) aus an einen Bestimmungsort zu versenden.
- *Übergabe an den Käufer* (Bringschuld); der Vertragsgegenstand ist an der Niederlassung des Käufers zur Verfügung zu stellen.³⁷⁰

Auf die vorliegende Differenzierung wurde im Zusammenhang mit dem schweizerischen Recht vertieft eingegangen.³⁷¹

2. Funktion und Bedeutung der Regelung

Unmittelbar materiellrechtlich hat der Erfüllungsort nach CISG eine Reihe verschiedener Bedeutungen, die von der jeweiligen Leistungspflicht des Schuldners abhängen. Ist der Verkäufer seiner Pflicht zur Warenlieferung am zutreffenden Ort nachgekommen, so hat er seine vertragliche Hauptpflicht erfüllt.³⁷² Liefert er am falschen Ort, so ist je nach Ausgestaltung der Leistungspflicht zu unterscheiden. Besteht die Pflicht in einem «Zur-Verfügung-Stellen», und tut dies der Schuldner am falschen Ort, so liegt eine Nichterfüllung der Lieferpflicht und damit eine wesentliche Vertragsverletzung vor, welche die Rechtsbehelfe nach Art. 46 ff. CISG umfassend auslöst.³⁷³ Der Gläubiger kann auf Erfüllung beharren oder den Vertrag aufheben;³⁷⁴ daneben hat er Anspruch auf Schadenersatz.

368 Art. 2 lit. a–f CISG; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-FERRARI, Art. 2 N 7 ff.

369 Art. 31 Abs. 1 i.i., Art. 57 Abs. 1 i.i. CISG; vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 2, N 8.

370 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 76; Art. 57 N 4.

371 Vorne § 3B.I.2.

372 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 61.

373 Art. 45 CISG; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 78.

374 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 7 ff.

Werden aber bei einer Versendungsschuld die Versendungspflichten an einem falschen Erfüllungsort zu Gunsten eines richtigen Bestimmungsorts erfüllt, so liegt i.d.R. keine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne von Art. 25 CISG vor. Deshalb erhält der Gläubiger keine Berechtigung zur Vertragsaufhebung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG;³⁷⁵ ggf. entsteht einzig ein Anspruch auf Schadenersatz nach den Art. 74–77 CISG. Insofern erhält der Bestimmungsort eine eigenständige materiellrechtliche Bedeutung. Dies ist im Hinblick auf den hinten behandelten Lieferortsgerichtsstand festzuhalten.³⁷⁶

Sehr praxisrelevant ist die Erfüllungsortsregelung des CISG bei der internationalen und örtlichen Bestimmung des Gerichtsstands.³⁷⁷ Deren mittelbare Bedeutung³⁷⁸ im Verfahrensrecht geht so weit, dass die deutsche Delegation bei den Verhandlungen zum CISG (vergeblich) versuchte, einen Text in Art. 57 CISG einzuführen, wonach der Erfüllungsort durch die Vorschriften des CISG über den Zahlungsort nicht berührt werden soll. Sie wollte damit – analog § 270 Abs. 4 BGB/D – die prozessrechtliche Auswirkung der materiellrechtlichen Regelung vermeiden, wonach ein Gläubigergerichtsstand für Zahlungsklagen geschaffen wird.³⁷⁹

3. *Bestimmung aufgrund Parteiwillen*

a) *Entstehung und Inhalt im Allgemeinen*

Das CISG gibt der privatautonomen Bestimmung des Erfüllungsorts Vorrang gegenüber der dispositiven gesetzlichen Regelung, und zwar sowohl für Sachschulden wie für Geldschulden.³⁸⁰ Voraussetzung zu einer gültigen Bestimmung des Erfüllungsorts ist das *Zustandekommen* des (Kauf-) Vertrags schlechthin.

Das Zustandekommen des Vertrags bestimmt sich nur z.T. nach den Regeln des CISG über den Vertragsschluss.³⁸¹ Das CISG regelt nur die Form und den äußeren Konsens des Vertragsschlusses; andere Gültigkeitsfragen, insbesondere Willensmängel, Stellvertretung und Anforderungen der Handlungs- oder Rechtsfähigkeit bleiben vom anwendbaren nationalen Recht beherrscht.³⁸²

Die Vertragsentstehung nach CISG basiert ursprünglich auf dem Modell von Offerte und Akzept, welches aber der Realität der Handelsverträge nicht immer

375 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 78.

376 Hinten § 12I.VI.1.c)iv).

377 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 12, N 87 ff.; BGE 122 III 188; vgl. EuGH v. 29.6.1994 Custom Made Commercial, Rs. 288/92.

378 Vgl. vorne § 1.

379 DONZALLAZ, N 4785. Vgl. hinten § 3C.II.3.

380 Art. 31 Abs. 1 i.i., Art. 57 Abs. 1 i.i. CISG; Art. 6 CISG; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 1, Art. 57 N 1 f.; HACKENBERG 47.

381 Art. 14–24 CISG, aber auch die allgemeinen Bestimmung der Art. 7–13 CISG, insbesondere die Formfreiheit und ihre Ausnahmen (Art. 11 ff. CISG); dazu umfassend WEY.

382 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHLECHTRIEM, vor Art. 14–24 N 1.

gerecht wird.³⁸³ Deshalb sind die Willenserklärungen nicht notwendigerweise in «deutlich identifizierbare Einigungserklärungen» aufzuschlüsseln. Auch Schritt für Schritt im Verlauf von Verhandlungen erreichte Übereinstimmung, z.B. über E-mail, ist massgeblich, sofern eine Einigung der Parteien erkennbar ist, gebunden sein zu wollen.³⁸⁴ Insofern ist die Umschreibung des Mindestinhalts einer Offerte in Art. 14 CISG zu relativieren; sie bleibt hingegen vollumfänglich massgeblich zur Bestimmung des Mindestinhalts der Vereinbarung (*essentialia negotii*).³⁸⁵

Bei einem Akzept, das Abweichungen gegenüber der Offerte enthält (modifizierte Annahme), unterscheidet das CISG zwischen wesentlichen und unwesentlichen Abweichungen.³⁸⁶ Bei wesentlichen Abweichungen kommt im betreffenden Punkt eine Vereinbarung nicht zustande; das abweichende Akzept gilt als Gegenofferte.³⁸⁷ Bei unwesentlichen Abweichungen kommt die Vereinbarung im Sinne des abweichenden oder ergänzenden Akzepts zustande, allerdings unter Vorbehalt einer entgegenstehenden und unverzüglichen Mitteilung durch den Offerenten.³⁸⁸ Abweichungen, die sich auf den *Erfüllungsort* (und die Zeit) der Lieferung der Ware beziehen, sind *wesentlich* im Sinne des CISG (Art. 19 Abs. 3), was im vorliegenden Zusammenhang besonders festzuhalten ist.

Erfüllungsortvereinbarungen kommen auch durch bloss konkludente Willenserklärungen zustande. Art. 19 Abs. 2 und 3 CISG dürfen nicht dahin ausgelegt werden, dass ausdrückliche Willenserklärungen geboten sind. Denn selbst die *essentialia negotii* sind nach Art. 14 Abs. 1 CISG einer «stillschweigenden Festsetzung» zugänglich, so dass dies umso mehr auf den Erfüllungsort zutrifft, der nicht zu den *essentialia* zählt.

Inhaltsermittlung und Auslegung des objektiven Erklärungsinhalts sowie jeglichen Verhaltens der Parteien mit Erklärungswert richten sich nach Art. 8 CISG, welcher in seinem Bereich das anwendbare nationale Recht vollständig verdrängt.³⁸⁹ Im Vordergrund steht der Wille der erklärenden Partei (Art. 8 Abs. 1 CISG). Kann dieser nicht ermittelt werden, so erfolgt eine Auslegung der Erklärung nach Treu und Glauben, nämlich «... wie sie eine vernünftige Person in gleicher Stellung wie die andere Partei unter den gleichen Umständen aufgefasst hätte.»³⁹⁰ Als Auslegungsmittel sind zur Feststellung dieses Parteiwillens neben dem Wortlaut die «Umstände» zu berücksichtigen, so etwa die Verhandlungen

383 WERRO/BELSER 520.

384 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHLECHTRIEM, vor Art. 14–24 N 2, N 5.

385 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHLECHTRIEM, vor Art. 14–25 N 5; Art. 14 N 2 ff.; vgl. BGE v. 5. 4. 2005 4C.474/2004 E 2.1 betreffend Bestimmbarkeit des Preises in der Offerte.

386 Art. 19 CISG.

387 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHLECHTRIEM, Art. 19 N 10.

388 Art. 19 Abs. 2 CISG.

389 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHMIDT-KESSEL, Art. 8 N 1.

390 Art. 8 Abs. 2 CISG «Schweiz».

zwischen den Parteien, Gepflogenheiten und Gebräuche sowie ihr späteres Verhalten nach Vertragsschluss.³⁹¹

b) *Kaufmännisches Bestätigungsschreiben*

Aus der gegenüber *kaufmännischen Bestätigungsschreiben* kritischen Entstehungsgeschichte des CISG ist hervorgegangen, dass Bestätigungsschreiben mit unwesentlichen Änderungen oder Ergänzungen die Vertragslage nicht zu ändern vermögen.³⁹² Damit steht das CISG im Gegensatz zum schweizerischen, deutschen oder französischen Recht.³⁹³

c) *Allgemeine Geschäftsbedingungen*

Das Übereinkommen regelt die Gültigkeit von AGB nicht in grundsätzlicher Weise.³⁹⁴ Was den wirksamen Einbezug in den Kaufvertrag betrifft, so kann aber Art. 8 CISG eine Normierung entnommen werden. Hiernach ist eine Übersendung der AGB an den Erklärungsempfänger nicht notwendig, der bloße Hinweis auf die AGB ist ausreichend. Zudem kommt ein Einbezug der AGB aufgrund einer Gepflogenheit zwischen den Parteien in Frage. Der Verwender muss der anderen Partei auf deren Rückfrage hin die Möglichkeit bieten, von den AGB Kenntnis zu nehmen.³⁹⁵

Was die Situation einer gegenseitigen Verwendung von sich widersprechenden AGB betrifft, so ist im Ausgangspunkt festzuhalten, dass auch ein Dissens betreffend der in den Bedingungen enthaltenen *accidentalia negotii*, wie sie die Vereinbarung des Erfüllungsorts darstellen, die Entstehung des Vertrags nicht hindert.³⁹⁶ Für die Frage der Geltung der sich widersprechenden Klauseln wird Art. 19 CISG herangezogen,³⁹⁷ der die erwähnte modifizierte Annahme einer Offerte regelt.³⁹⁸ Da die abweichende Erfüllungsortvereinbarung nach Art. 19 Abs. 3 CISG als wesentliche Änderung des Akzeptanten angesehen wird, kommt diesbezüglich keine Vereinbarung zustande.³⁹⁹ Somit greifen die dispositiven Regeln der Art. 31 und

391 Art. 8 Abs. 3 CISG.

392 Art. 19 Abs. 2 *e contrario*; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHLECHTRIEM, Art. 19 N 4; JANSSEN 196 f.

393 Vgl. vorne § 3B.III.2.f); § 3C.II.2.d); § 3D.III.

394 Art. 4 lit. a; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHMIDT-KESSEL, Art. 8 N 52.

395 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHMIDT-KESSEL, Art. 8 N 53; strenger ist das schweizerische Recht, wo die Möglichkeit der Kenntnisnahme ohne Rückfrage geboten werden muss (vorne § 3B.III.2.g)i).

396 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHLECHTRIEM, Art. 19 N 20.

397 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHLECHTRIEM, Art. 19 N 20.

398 Vorne § 4B.II.3.a).

399 Zum selben Ergebnis kommt SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHLECHTRIEM, Art. 19 N 20 f., in Bezug auf sämtliche AGB-Inhalte über den Erfüllungsort hinaus (entgegen dem für diese Inhalte hauptsächlich einschlägigen Art. 19 Abs. 2 CISG).

57 CISG. Damit gilt betreffend Erfüllungsortsvereinbarungen im Ergebnis die Restgültigkeitstheorie.⁴⁰⁰

d) *Standardisierte Lieferklauseln*

Zu ihrer Geltung bedürfen die Klauseln nach Art. 9 Abs. 1 CISG einer Bezugnahme durch die Parteien im Vertrag, wobei konkludente Vereinbarungen häufig angenommen werden können.⁴⁰¹ Nach Art. 9 Abs. 2 CISG gilt eine Vermutung zu Gunsten «geltender» Handelsbräuche, welche die Parteien kannten oder kennen mussten. Einzelne Bestimmungen der INCOTERMS haben bereits die Qualität eines Handelsbrauchs erreicht, andere werden sich möglicherweise in Zukunft als solche etablieren.⁴⁰²

Wie erwähnt wird vorliegend vertreten, dass sich – allerdings immer nach Kontext des individuellen Vertrags – die Lieferklauseln nicht nur zur Tragung der Preisgefahr, der Transport- und Versicherungskosten äussern, sondern auch eigentliche Erfüllungsortsvereinbarungen für die Ware enthalten können.⁴⁰³ Die meisten INCOTERM-Klauseln ändern den in Art. 31 lit. a–c CISG dispositiv bestimmten Erfüllungsort nicht, denn sie implizieren den Erfüllungsort bei der Übergabe an den ersten Frachtführer.⁴⁰⁴ Eine Änderung gegenüber Art. 31 CISG können hingegen die *Ankunftsklauseln* der Gruppe D⁴⁰⁵ bedeuten, nach welchen der Verkäufer die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der Verschlechterung der Ware trägt, bis sie beim Käufer angelangt ist,⁴⁰⁶ was eine eigentliche Bringschuld nahe legt.⁴⁰⁷

4. *Bestimmung nach dispositivem Staatsvertragsrecht*

a) *Waren*

Enthält der Vertrag eine Versandungspflicht, so hat der Verkäufer die Ware an den ersten Beförderer zu diesem Zweck zu übergeben (*Versandungsschuld*).⁴⁰⁸ Besteht keine Versandungspflicht, so beschränkt sich die Leistungspflicht des Schuldners

400 Vgl. vorne § 3B.III.2.g)i); zur Kollision von AGB über Erfüllungsortsvereinbarungen hinaus vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHLECHTRIEM, Art. 19 N 19 ff.

401 Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-SCHMIDT-KESSEL, Art. 9 N 3; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 30 N 3. Generell zu den standardisierten Lieferklauseln vgl. vorne § 3B.III.2.h).

402 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER SCHMIDT-KESSEL, Art. 9 N 26.

403 Vgl. vorne § 3B.III.2.h) und Fn. 186.

404 Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 71 ff.; vgl. WEBER, Art. 74 N 73 m. w.H.

405 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 76; BENICKE 99.

406 BENICKE 99.

407 Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 76; vgl. vorne § 3B.III.2.h).

408 Art. 31 lit. a CISG; HACKENBERG 47. Die Versandungspflicht wird in Art. 32 CISG konkretisiert.

auf ein «zur Verfügung stellen» (*Holschuld*).⁴⁰⁹ Hier unterscheidet das CISG danach, ob die Parteien beim Vertragsschluss wussten, «... dass die Ware sich an einem bestimmten Ort befand oder dort herzustellen oder zu erzeugen war ...».⁴¹⁰ Aktuelle Kenntnis des Lageorts der Ware ist dabei gefordert; Kenntnis nach Vertragsschluss oder «Kennen-Müssen» ist grundsätzlich nicht ausreichend.⁴¹¹ In allen übrigen Fällen einer Holschuld ist die Niederlassung des Verkäufers zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Erfüllungsort.⁴¹²

b) Geld

Geldschulden sind als Bringschulden ausgestaltet, Erfüllungsort ist die Niederlassung des Verkäufers.⁴¹³ Der Käufer hat Kosten und Risiko der Geldübermittlung zu tragen.⁴¹⁴ Der Erfüllungsort ist beweglich ausgestaltet: Massgeblich ist die Niederlassung des Verkäufers zur Zeit der Erfüllung.⁴¹⁵ Zum Interessenausgleich hat der Verkäufer alle mit dem nach Vertragsschluss erfolgten Wechsel der Niederlassung verbundenen Mehrkosten zu tragen.⁴¹⁶ Diese Regelung gilt nicht beim Kauf Zug-um-Zug, in welchem Fall der Übergabeort der Ware oder Dokumente massgeblich ist.⁴¹⁷

III. Zwischenergebnis

Was das Zustandekommen der Erfüllungsortvereinbarung angeht, so ist im vorliegenden Zusammenhang beachtlich, dass diese als wesentlicher Punkt im Sinne von Art. 19 Abs. 3 CISG gilt. Dies führt zum Ergebnis, dass ein in diesem Punkt von der Offerte abweichendes Akzept den Vertrag nicht zustande kommen lässt, und nur als Gegenofferte gilt. Liegen in von beiden Seiten verwendeten AGB widersprechende Erfüllungsortsklauseln vor, so sind diese nach derselben Vorschrift grundsätzlich als ungültig zu betrachten. Insofern stimmt das Ergebnis mit den untersuchten nationalen Rechtsordnungen überein. Im Unterschied zu diesen ver-

409 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 3.

410 Art. 31 lit. b CISG.

411 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 48. Insofern leicht abweichend Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR, vorne § 3B.IV.1.

412 Art. 31 lit. c CISG.

413 Art. 57 Abs. 1 lit. a CISG; vgl. Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR; vgl. aber § 270 Abs. 4 BGB. Zu den Auswirkungen auf den Zahlungsgerichtsstand nach LugÜ: BGE 122 III 43. Dazu hinten § 12C.IV.2.

414 SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HAGER, Art. 57 N 4.

415 Dieselbe Regel findet sich in Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

416 Art. 57 Abs. 2 CISG; gemäss Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR nur, wenn der Wechsel eine erhebliche Belästigung des Schuldners darstellt.

417 Art. 57 Abs. 1 lit. b CISG. Diese Regelung hat indessen einen engen Anwendungsbereich, weil sowohl der Versandkauf wie der Verkauf eingelagerter Ware nicht als Kauf Zug-um-Zug zu beurteilen sind; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HAGER, Art. 57 N 14 ff.

mögen hingegen Erfüllungsortsklauseln in abweichenden kaufmännischen Bestätigungsschreiben nach CISG grundsätzlich keine Änderung der Rechtslage herbeizuführen.

In der inhaltlichen Ausgestaltung des dispositivrechtlichen Erfüllungsorts der vertragscharakteristischen Leistung sind keine wesentlichen Unterschiede zu den nationalen Rechtsordnungen auszumachen; hier wie dort sind der den Parteien bekannte Lageort der Ware oder die Niederlassung des Verkäufers massgeblich.⁴¹⁸

C. UNIDROIT-Principles

I. Zu Ursprung und Natur der UNIDROIT-Principles

Die PICC sind ein nicht staatliches, wissenschaftlich geprägtes Produkt der internationalen Rechtsvereinheitlichung, an dem Rechtskundige aus allen Regionen der Welt teilgenommen haben.⁴¹⁹ Sie wurden 1994 verabschiedet; nach zehn Jahren sind die PICC sanft revidiert sowie um drei neue Kapitel⁴²⁰ ergänzt worden, unter Einbezug der neuen Entwicklungen auf dem Gebiet des elektronischen Handels.⁴²¹ Eine Weiterentwicklung bzw. Ergänzung um einige wenige verbleibende Punkte ist vorgesehen.⁴²²

Der Text ist nicht in die Form eines Übereinkommens gekleidet, das nach seiner Übernahme durch die Staaten zu bindendem Staatsvertragsrecht würde. Er versteht sich selber vielmehr als Kodifizierung internationaler Handelsbräuche,⁴²³ als rechtsvergleichendes «*restatement*» allgemeiner Prinzipien des Vertragsrechts⁴²⁴ oder als Modellgesetz für den nationalen Gesetzgeber.⁴²⁵ In Form und Inhalt gleicht der Text dem allgemeinen Teil eines obligationenrechtlichen Gesetzbuches.

II. Geltungsgrundlagen

Die PICC sind nicht staatlich gesetztes Recht, ihnen kommt, isoliert betrachtet, kein formeller Rechtsquellencharakter zu.⁴²⁶ Die in Frage kommenden Geltungs-

418 Vorne § 3E.

419 Vgl. UNIDROIT, *Principes d'UNIDROIT 2004*, Rome 2004, xiii f.; WERRO/BELSER 512.

420 Die neuen Regeln beschlagen Stellvertretung, Drittparteienrechte, Verrechnung, Zession, Schuldübernahme, Vertragsübernahme und Verjährung; ZIMMERMANN, 285.

421 HEUTGER Rz 5, Rz 13, Rz 15.

422 ZIMMERMANN 286.

423 UNIDROIT, *Principes d'UNIDROIT 2004*, Rome 2004, xiv.

424 BRÖDERMANN 721; MAYER 500; BURKART 49, 51 ff.

425 BURKART 54 ff.

426 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 22e.

grundlagen der PICC sind dennoch vielfältig. Die Präambel verweist auf einige davon.

Die PICC können anerkanntermassen als *vorformulierte Vertragsregeln* dienen:⁴²⁷ Der Text wird, im Sinne einer «*materiellrechtlichen Rechtswahl*»⁴²⁸, durch die Parteien in den Vertrag einbezogen und so zum materiellen Vertragsinhalt erhoben.⁴²⁹ Einem ähnlichen Geltungsmechanismus gehorchen etwa die Regeln der Internationalen Handelskammer betreffend Dokumentenakkreditive und Bankgarantien, wenn die Parteien darauf verweisen.⁴³⁰

Die PICC nehmen indessen – wenigstens auf den ersten Blick – eine davon abweichende Perspektive ein. Sie nehmen für sich eine andere Qualität in Anspruch, und zwar diejenige eines aufgrund einer nationalen oder internationalen IPR-Norm wählbaren Rechts.⁴³¹ Damit rückt eine Geltung der PICC aufgrund einer «*kollisionsrechtlichen Rechtswahl*» der Parteien in den Bereich des Möglichen.⁴³²

Diesen Anschein erweckt bis zu einem gewissen Grad bereits die Präambel, deren Absätze 2–4 eine Gleichstellung der *principles* mit kollisionsrechtlich bestimmbar, nationalem oder staatsvertraglichem Recht zumindest insinuiert.⁴³³ Deutliche Hinweise sind weiter der kodifikationsähnlichen Struktur und dem Inhalt der PICC zu entnehmen. Sie erheben den Anspruch, das allgemeine Vertragsrecht möglichst umfassend und lückenlos zu vereinheitlichen,⁴³⁴ gleich rechtsstaatlich gesetztem positivem Recht. Dieser Anspruch äussert sich etwa in der

427 BURKART 58 ff.; MANKOWSKI, *Rechtswahl*, 92; SCHILF, *Vertragsgrundregeln*, 46 ff.; MAGNUS, *Principles*, 57 f.; JUNG 80 f.; PORTMANN 193; CANARIS 17 f.; MARTINY, *Impulse*, 68. Die PICC unterscheiden sich im Übrigen von den AGB, indem sie allgemein und interessenneutral gehalten sind, während die Letzteren tendenziell einseitig sowie vertragssituativ bzw. vertragsobjektsspezifisch gehalten sind. Zur Problematik einer Anwendung der AGB-Gesetzgebung auf PICC und PECL: CANARIS 21 ff.

428 Zur Abgrenzung von der kollisionsrechtlichen Rechtswahl: AMSTUTZ/VOGT/WANG, 2. Aufl., Art. 16 N 11.

429 ROMANO 35; LEIN 173 f.; WERRO/BELSER 512; KIENINGER, *Wettbewerb* 278 f.; vgl. z.B. Art. 14 des Model Contract for the International Commercial Sale of Perishable Goods von 1999; zurückhaltend betreffend Qualifikation der PICC (und der PECL) als AGB: CANARIS 21 ff.; SCHILF, *Vertragsgrundregeln*, 22, 411 f.

430 UCP 500 und URDG 458; (<http://www.iccwbo.org/policy/banking/id2434/index.html> und <http://www.iccwbo.org/policy/banking/id2437/index.html>). Vgl. KIENINGER 278 f.; MANKOWSKI, *Rechtswahl*, 93.

431 HERBER 7; vgl. BURKART 58; dazu umfassend SCHILF, *Vertragsgrundregeln*, 20 ff., UNIDROIT, 236.

432 Vgl. UNIDROIT, *Principes d'UNIDROIT*, 12 (Nr. 3); zur diesbezüglichen Kontroverse unter dem EVÜ (Art. 3): ROMANO, 35 ff. (m.w.H. in Fn. 3 und 4); SCHILF, *Vertragsgrundregeln*, 138 ff., 363 ff.; BOELE-WOELKI 166 ff.; WICHARD 282 ff.; BURKART 61. Die herrschende deutsche und europäische Lehre spricht sich gegen eine «kollisionsrechtliche Rechtswahl» nach Art. 3 EVÜ aus; LEIN 172. So auch MICHAELS 597 f.; MANKOWSKI, *Rechtswahl*, 90 ff.; JUNG 80 f.; MAGNUS, *Principles*, 57; LEIN 170, 173; a.M. insbesondere SCHILF, *Vertragsgrundregeln*, *passim*.

433 Die PICC erlegen sich in ihrer Präambel insofern keine «Selbstbeschränkung» auf; dazu SCHNYDER/GROLIMUND 405 ff.; SCHILF, UNIDROIT, 236.

434 Vgl. Art. 1.6 Abs. 2 der PICC.

Tatsache, dass die PICC selber Normen über das Zustandekommen einer Vereinbarung enthalten, ebenso wie als «zwingendes Recht» bezeichnete Normen.⁴³⁵ Dabei ist allerdings nicht ausser Acht zu lassen, dass Struktur und Inhalt der PICC auch aus ihrer Funktion erklärbar sind, als Modellgesetz für nationale und internationale Gesetzgeber zu dienen.⁴³⁶

Jedenfalls ist zu bezweifeln, dass den PICC ohne Weiteres eine Qualität als kollisionsrechtlich wählbares Recht zukommt.⁴³⁷ Die Geltung einer Rechtsmasse «aus sich selbst heraus» und auf derselben Stufe wie staatlich gesetztes Recht erfordert eine ausreichende rechtsstaatliche Legitimation des sie erlassenden Gesetzgebers.⁴³⁸ Dies rührt v.a. daher, dass das staatlich gesetzte Recht sozio-politische Entscheidungen enthält, welche in einfach zwingende oder international zwingende Normen⁴³⁹ gefasst sind.⁴⁴⁰ «Gesetzgeberin» ist im Fall der PICC eine

435 Vgl. Art. 1.5 PICC; BURKART 59 f.; DUTOIT, Globalisation, 381; BOELE-WOELKI 163. WERRO/BELSER 525 f., 529 ff. zum in den PICC selber enthaltenen zwingenden Recht (betr. Übervorteilung, insbes. bei AGB, Freizeichnungsklauseln und Vertragsstrafen). Dazu hinten § 4C.V.1.a).

436 Vgl. MAYER 500.

437 BURKART 58; LEIN 170; vgl. SCHILF, Vertragsgrundregeln, 364 ff.; SCHILF, UNIDROIT, 236. Die selbständige Geltung eines nicht-staatlichen, anationalen Rechts vor staatlichen Gerichten (vgl. die diesbezügliche Anregung in Art. 4 PICC) wird unter rechtsstaatlichem Gesichtspunkt als problematisch angesehen (vgl. BGE v. 20.12.2005 E 1.3; SCHWANDER, Einführung, N 489).

438 Nach einer – weitergehenden – Meinung SCHILFS erhalten die Prinziples bereits mit einer kontinuierlichen, konfirmativen Anwendung durch Schiedsgerichte eine ausreichende Geltungslegitimation auch über den schiedsgerichtlichen Bereich hinaus (Vertragsgrundregeln, 299 ff., 337 ff.). Problematisch BURKART 85 ff., der das klassische, formale Rechtsquellenkonzept durch ein rein funktionales Rechtsquellenverständnis ablösen will, das allein auf die materielle Qualität der fraglichen Rechtsmasse abstellt (81; 98 f.). Ohne die materielle Qualität der PICC in Frage zu stellen, sei lediglich gefragt, ob nicht v.a. der rechtsstaatlich legitimierte Gesetzgeber dazu berufen sei, diese materielle Qualität festzustellen. Dieser kann zwar materielle Qualitätskriterien auch bloss mittelbar anwenden, und zwar im Rahmen einer IPR-Kollisionsnorm, die auch auf besonders qualifiziertes, nichtstaatliches Recht verweist (vgl. nachstehend und hinten § 4C.III). Die qualitative Beurteilung allein dem Richter zu überlassen, scheint hingegen unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung problematisch.

439 In diesem Zusammenhang sind die einfach zwingenden Normen des anwendbaren nationalen Rechts von Normen im Sinne einer international zwingenden «*loi d'application immédiate*» (Art. 18 f. IPRG) zu unterscheiden: Von den Ersteren kann kraft anwendbarem Recht und innerhalb seiner Geltung vertraglich nicht abgewichen werden; die Letzteren erheischen zwingende Anwendung auch ohne Rücksicht auf das anwendbare Recht (international zwingender Anwendungswille; MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 18 N 10 ff., Art. 19 N 14) und schalten das nach IPR anwendbare Recht insoweit aus (VISCHER, Art. 18 N 1 ff.); vgl. auch Fn. 452.

440 Im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit ist die Anwendung der PICC als selbständig anwendbare Rechtsnormen hingegen ohne Weiteres möglich, wenn die Parteien dies vorgesehen haben (BOELE-WOELKI 165 f.; SCHILF, Vertragsgrundregeln, 141 ff., 253 ff.; SCHILF, UNIDROIT, 243 ff.; HEINI, Art. 187 N 7; SCHNYDER/GROLIMUND 401 ff.; Centro de Arbitraje de México (CAM), Entscheidung vom 30.11.2006, www.unilex.info.), was durchaus auch erst nach Ausbruch der Streitigkeit geschehen kann (DESSEMONTET 159 f.). Der durch das NYÜ völkerrechtlich untermauerte Grundsatz der Privatautonomie erlaubt dem Schiedsgericht grundsätzlich, Rechtsregeln losgelöst von einer staatlichen Rechtsordnung zu bestimmen und anzuwenden. (SCHILF, Vertragsgrundregeln, 274 ff.; SCHILF, UNIDROIT, 244 f.; UNIDROIT, Principes d'UNI-

Arbeitsgruppe, die vom Direktionsrat der UNIDROIT, einer internationalen Organisation,⁴⁴¹ eingesetzt wurde.⁴⁴² Die PICC als «rein private Arbeit» zu bezeichnen,⁴⁴³ geht deshalb fehl. Den Mitgliedern der Arbeitsgruppe wie auch deren Direktionsrat, der die Genehmigung zur Veröffentlichung der PICC gegeben hat,⁴⁴⁴ kommt allerdings die Befugnis nicht zu, einen internationalen Text mit bindender Wirkung für die Mitgliedstaaten zu erlassen. Zu diesem Zweck müsste das Instrument von einer diplomatischen Konferenz der UNIDROIT verabschiedet und von den Mitgliedstaaten im jeweiligen nationalen Verfahren ratifiziert werden.⁴⁴⁵ Zur Qualität als staatlich gesetztes Recht fehlen die staatsvertraglich bindende Verpflichtung des Mitgliedstaates und die Implementierung in dessen Rechtsordnung, was beides in einem rechtsstaatlichen, demokratisch legitimierten Verfahren bzw. nach rechtsstaatlich legitimierten Regeln zu erfolgen hat.⁴⁴⁶ Im Rahmen eines solchen Verfahrens steht es dem Gesetzgeber aber selbstverständlich frei, den PICC mittels einer – kollisionsrechtlichen – Verweisung zur Geltung zu verhelfen, die auch auf ausserstaatliches Recht verweist, und damit diesem Recht indirekt die Qualität staatlich gesetzten Rechts vermittelt.⁴⁴⁷

Neben einer Geltung kraft unmittelbarer materiellrechtlicher Rechtswahl wird auch ein Einbezug der PICC als ausformulierter Ausdruck einer *lex mercatoria* diskutiert.⁴⁴⁸ Die weitgehende Unbestimmtheit des Begriffs der *lex mercatoria* steht allerdings dem Gedanken entgegen, dass sie im Bereich der staatlichen Gerichtsbarkeit einer kollisionsrechtlichen Wahl durch die Parteien als «anwendbare Rechtsordnung» zugänglich wäre.⁴⁴⁹ Dies hindert aber nicht daran, die Bezugnahme der Vertragsparteien auf die *lex mercatoria* unter den konkreten Umständen als Bezugnahme auf die PICC zu interpretieren, wodurch diese – aufgrund

DROIT 2004, Rome 2004, 4; BRÖDERMANN 726; vgl. UNCITRAL-Modellgesetz v. 21.6.1985 über die Schiedsgerichtsbarkeit, Art. 28 Abs. 1.) In der Datenbank Unilex (www.unilex.info; per 16.1.2006) werden gegen 100 Schiedsverfahren genannt, welche zur Begründung die PICC herangezogen haben, im Unterschied zu den staatlichen Gerichtsverfahren, wo nur gut 20 Fälle verzeichnet sind. (BRÖDERMANN 722; vgl. BONELL 7 ff.).

441 BURKART 27.

442 UNIDROIT, principes d'UNIDROIT, xiv f.

443 HERBER 7.

444 BRÖDERMANN 722; vgl. HERBER 6.

445 Vgl. BURKART 27.

446 MANKOWSKI, Rechtswahl, 95 f.; CANARIS 13; vgl. auch SCHNYDER/GROLIMUND 397.

447 Vorne Fn. 438; mehr dazu nachstehend § 4C.III.

448 Präambel PICC; BOELE-WOELKI 164; WERRO/BELSER 511 f.; BRÖDERMANN 727; MAYER 503 f.; SCHILF, UNIDROIT, 243; BURKART 67 ff.

449 MANKOWSKI, Rechtswahl, 100 ff.; SCHWANDER, Rechtsprechung, 348; ZUMBANSEN 642 ff.; HEINI, Art. 187 N 7, 7a, m.w.H.; vgl. HERBER 5 f.; vgl. EG-KOMMISSION, Vorschlag v. 15.12.2005 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I); KOM (2005) 659 endg. 6.

einer *materiellrechtlichen Rechtswahl* – als vorformulierte Vertragsregeln Geltung erlangen können.⁴⁵⁰

Nachdem die «Selbstdeklaration» der PICC demnach zu relativieren ist, und der Einbezug der PICC durch die Parteien nicht ohne Weiteres als «kollisionsrechtliche Rechtswahl» verstanden werden kann,⁴⁵¹ bleibt neben der Geltung der PICC ein anwendbares, rechtsstaatlich gesetztes Recht nach dem IPR des Forums objektiv zu bestimmen.

Eine Konsequenz ist darin zu sehen, dass das anwendbare Recht den vorformulierten Vertragsinhalt verdrängt, soweit es sich dabei um «einfach zwingendes» Recht handelt, von dem vertraglich nicht abgewichen werden kann.⁴⁵² Was das «zwingende Recht» der PICC betrifft, so muss insbesondere auch dieses entgegenstehendem staatsvertraglichem oder nationalem Recht weichen, wenn dieses Recht seinerseits zwingender Natur ist.⁴⁵³ Die sozio-politischen Wertungen des anwendbaren Rechts überlagern also diejenigen der PICC.⁴⁵⁴

Im Übrigen kommt das anwendbare Recht dort zum Zug, wo die PICC innerhalb ihres Anwendungsbereichs Lücken offen lassen⁴⁵⁵ (interne Lücken) oder – selbstverständlich – ausserhalb ihres Anwendungsbereichs (externe Lücken).⁴⁵⁶

450 VISCHER, Vertragsrecht, N 128; CANARIS 27; BURKART 69 ff.; vgl. WERRO/BELSER 512. Im Rahmen der Anwendung des CISG werden die PICC im Übrigen zur Lückenfüllung nach Art. 7 Abs. 2 CISG ergänzend herangezogen, obwohl sie gegenüber dem CISG posteriore Regelungen sind (umfassend BURKART 209 ff.; BRÖDERMANN 728; LANDO, Commercial Code, 162; differenzierend MAGNUS, Principles, 62 ff.; kritisch HERBER 6 ff.; JANSSEN 198).

451 Am Beispiel der Kollisionsnorm des Art. 3 EVÜ: Vgl. die in Fn. 432 bezeichneten Autoren.

452 MAGNUS, Principles, 57; BOELE-WOELKI 165; vgl. Art. 1.4 der PICC. Handelte es sich hingegen um eine kollisionsrechtliche Rechtswahl, so käme einfach zwingendes Recht keiner Rechtsordnung ins Spiel (SIEHR, Parteiautonomie, 486). Neben den PICC wären allein die international zwingenden *lois d'application immédiate* des Forumstaats (Art. 18 IPRG, Art. 7 Abs. 2 EVÜ) sowie ggf. diejenige von Drittstaaten, mit welchen der Sachverhalt einen engen Zusammenhang aufweist (Art. 19 IPRG, Art. 7 Abs. 1 EVÜ), zu berücksichtigen (KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 116 N 29 ff.; vgl. vorne Fn. 439). Im Zusammenspiel der PECL mit dem EVÜ: ROMANO, 48 ff.

453 UNIDROIT, Principes d'UNIDROIT 2004, Rome 2004, 12. Vgl. WERRO/BELSER 529.

454 Die in Art. 1.5 PICC festgehaltene Grenze für von den PICC abweichende Abreden wird denn auch in der offiziellen Kommentierung relativiert, indem festgestellt wird, dass die PICC wegen ihrer Natur im Grunde keine zwingenden Regeln enthalten können (UNIDROIT, Principes d'UNIDROIT 2004, Rome 2004, 14). Die als «zwingend» bezeichneten Regelungen könnten hingegen eine erhöhte Bedeutung erlangen, wenn eine Verweisung auf die PICC gemäss nachstehend erwähntem Vorschlag der EG-Kommission in die Verordnung «Rom I» aufgenommen wird.

455 UNIDROIT, Principes d'UNIDROIT 2004, Rome 2004, 3; vgl. in einem leisen Spannungsverhältnis dazu Art. 1.6 Abs. 2 PICC.

456 Vgl. TOTH 205 Fn. 19.

III. Verstärkte Geltungsgrundlage kraft besonderer Verweisung durch das IPR

Nach dem vorstehend Gesagten bedürfen die PICC einer Einbettung in nationales oder staatsvertragliches Recht, das den entsprechenden Raum für eine materiell-rechtliche Wahl der PICC durch die Parteien bietet.

Eine weitergehende Abstützung der PICC kann aufgrund einer entsprechend weit gefassten, rechtsstaatlich erlassenen IPR-Norm erfolgen. Die Auslegung einer IPR-Norm kann m.a.W. zum Ergebnis führen, dass sie auch ausserstaatliches, anationales Recht umfasst, wenn dieses Recht bestimmte Anforderungen erfüllt.⁴⁵⁷ Eine solche Auslegung könnten nach Wortlaut etwa die Art. 116 IPRG und Art. 3 Abs. 1 EVÜ erfahren, indem sie den Vertrag «dem von den Parteien gewählten Recht» unterstellen, während Art. 117 Abs. 1 IPRG und Art. 4 Abs. 1 EVÜ auf das «Recht des Staates» Bezug nehmen.⁴⁵⁸ Dafür bestünde ein Bedürfnis, weil die PICC – neben dem CISG – auf internationale Sachverhalte zugeschnittenes Recht darstellen, im Gegensatz zu den anwendbaren nationalen Rechtsordnungen.⁴⁵⁹ Diese Tragweite hat das BGE dem Art. 116 IPRG allerdings abgesprochen;⁴⁶⁰ unter Art. 3 Abs. 1 EVÜ ist sie umstritten.⁴⁶¹

In ihrem Vorschlag für eine Verordnung zur Revision des EVÜ⁴⁶² schlug die EG-KOMMISSION einen Art. 3 Ziff. 2 vor, nach welchem «... die Parteien als anzuwendendes Recht auch auf internationaler oder Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln des materiellen Vertragsrechts wählen ...» können. Als solche Grundsätze und Regeln erwähnte die EG-KOMMISSION ausdrücklich die PICC oder die PECL.⁴⁶³ Mit einer Verweisung in einer EG-Verordnung wären diese Regelwerke ausreichend abgestützt, um unabhängiger vom anwendbaren, staatlich gesetzten Recht und dessen sozio-politischen Wertungen Anwendung zu finden. Die PICC könnten so dem eigenen Anspruch als positives Einheitsvertragsrecht in dem Ausmass folgen, das ihm von der Kollisionsnorm zugestanden

457 BURKART 58; WICHARD 283 f.; vgl. SCHWANDER, Rechtsprechung, 349.

458 VISCHER, Vertragsrecht, N 125; MAYER 502; PORTMANN 192 f.; LEIBLE, Einführung, 10; allgemein SIEHR, Parteiautonomie, 501 f.; gegen eine solche Auslegung des Art. 116 IPRG *de lege lata* SCHWANDER, Rechtsprechung, 347.

459 PORTMANN 195; vgl. SCHNYDER/GROLIMUND 396 f.

460 BGE 132 II 285 E 1.3 betreffend FIFA-Regeln; diese Entscheidung ist für die PICC als massgeblich anzusehen (SCHWANDER, Rechtsprechung, 347; AMSTUTZ/VOGT/WANG, 2. Aufl., Art. 116 N 21; kritisch DASSER 152). Für Wählbarkeit eines anationalen Rechts: AMSTUTZ/VOGT/WANG, 1. Aufl., Art. 116 N 21, BUCHER/BONOMI, Droit international privé, 258 f.

461 Vorne Fn. 432.

462 EG-Kommission, Vorschlag v. 15. 12. 2005 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I); KOM (2005) 659 endg.

463 EG-Kommission, Vorschlag v. 15. 12. 2005 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I); KOM (2005) 659 endg., 5 f.

wird.⁴⁶⁴ Dem Vorhaben der EG-KOMMISSION, qualifiziertem ausserstaatlichem Recht zur Geltung zu verhelfen, wurde allerdings widersprochen.⁴⁶⁵ Gegenargumente sind eine behauptete Lückenhaftigkeit und eine zu weitgehende Unbestimmtheit der PICC.⁴⁶⁶ Demzufolge fand der Vorschlag der Kommission keinen Eingang in den definitiven Text der Verordnung Verordnung Rom I.

IV. Zum Anwendungsbereich

Der *sachlich-persönliche Anwendungsbereich* ist grundsätzlich auf das Recht kaufmännischer Verträge beschränkt.⁴⁶⁷ Arbeits- und Konsumentenverträge sind ausgeschlossen.⁴⁶⁸ Obwohl die PICC nicht auf Verträge zwischen Nicht-Kaufleuten zugeschnitten sind, sollen sie dennoch Anwendung finden können, wenn Nicht-Kaufleute darauf verweisen.⁴⁶⁹

Das Deliktsrecht ist grundsätzlich ausgenommen,⁴⁷⁰ *culpa in contrahendo* dagegen umfasst. Die PICC sehen Regelungen vor, die inhaltlich auf die *culpa in contrahendo* zugeschnitten sind.⁴⁷¹ Dies macht auch im Rahmen einer bloss materiellrechtlichen Rechtswahl Sinn: Auch wenn kein gültiger Vertrag zustande gekommen ist, so kann dennoch eine gültige Vereinbarung der PICC vorliegen.⁴⁷²

464 Vgl. JUNG 81; LEIN 175.

465 LEIN 175; vgl. bei MARTINY, Impulse, 68.

466 SCHILF, UNIDROIT, 244, insbes. Fn. 108 f. m.w.H.; vgl. PORTMANN 197; TOTH 204 f.; vgl. MAYER 503. Dagegen ist anzuführen, dass die Revision des EVÜ grundsätzlich nur qualifiziertem ausserstaatlichem Recht zur Geltung verhelfen will; dieses hat einem neutralen und unabhängigen Gremium zu entstammen sowie eine umfassende und inhaltlich ausgewogene Regelung zu enthalten (vgl. MAX PLANCK-INSTITUT 244). Die PICC entstammen dem Schoss einer traditionsreichen, in Wissenschaft und Politik anerkannten internationalen Organisation und tendieren denn auch in der ergänzten Version 2004 stark zu einem geschlossenen und konsistenten System eines allgemeinen Vertragsrechts (vgl. SCHNYDER/GROLIMUND 396 f.; LEIN 169; vgl. LEIBLE, Vorschlag, 80) das den nationalen Kodifikationen in nichts nachsteht und einige in seiner Konsistenz noch übertrifft (VISCHER, Vertragsrecht, N 120; BURKART 96 ff.). Die beschriebene Verankerung der PICC (und der PECL) in der Gemeinschaftsgesetzgebung wäre jedenfalls ein wertvoller Beitrag zur Rechtsvereinheitlichung und zur damit verbundenen Vereinfachung der wirtschaftlichen Beziehungen über die Landesgrenzen hinweg.

467 Dazu VEILLARD 24 ff.

468 WERRO/BELSER 516 f.

469 UNIDROIT, Principes d'UNIDROIT 2004, Rome 2004, 3; die fehlende Ausrichtung auf Verträge zwischen Privaten zeigt sich z.B. darin, dass beim Erfüllungsort keine Ersatzanknüpfung für die (kaufmännische) Niederlassung vorgesehen ist.

470 Stützen sich die Ansprüche im Sinne einer Anspruchskonkurrenz auf Vertrags- wie auf Deliktsrecht, und haben sich die Parteien in die PICC eingewählt, so folgt daraus nicht ohne Weiteres eine Ausdehnung der Anwendung der PICC auf das Deliktsrecht, es sei denn, ein diesbezüglicher Wille der Parteien gehe aus der Vereinbarung hervor. Für die auf den Vertrag anzuwendende positive Rechtsordnung gilt hingegen die Erstreckung auf das Deliktsrecht nach Art. 133 Abs. 3 IPRG (anders WERRO/BELSER 517).

471 Art. 2.1.5 Abs. 1 und 2 der PICC.

472 WERRO/BELSER, 517 ff.

Der *internationale Anwendungsbereich* ist weit gehalten: Alle Verträge sind umfasst, die einen – wie auch immer ausgestalteten – Bezug zum Ausland aufweisen.⁴⁷³

V. Regelung des Erfüllungsorts

Der Erfüllungsort ist als Art. 6.1.6 in Kapitel 6 über die Erfüllung geregelt, zwischen den zeitlichen Erfüllungsregeln (Art. 6.1.1–5) und den besonderen Regeln über die Erfüllung durch Zahlung (Erfüllung durch Check und Überweisung; Art. 6.1.7 ff.).

Art. 6.1.6 lautet:

(Leistungsort)

(1) Wenn der Leistungsort weder durch den Vertrag festgelegt noch auf Grund des Vertrages bestimmbar ist, hat eine Partei zu erfüllen:

(a) eine Zahlungsverpflichtung am Ort der Niederlassung des Gläubigers;

(b) jede andere Verpflichtung am Ort ihrer eigenen Niederlassung.

(2) Eine Partei hat alle mit der Erfüllung zusammenhängenden Mehrkosten zu tragen, die durch einen Wechsel des Ortes ihrer Niederlassung nach Vertragsabschluß entstehen.⁴⁷⁴

1. Bestimmung aufgrund Parteiwillen

a) Zustandekommen der Erfüllungsortsvereinbarung

i) Zustandekommen nach PICC oder nach anwendbarem staatlich gesetztem Recht?

Voraussetzung für die Erfüllungsorts-Vereinbarung ist sowohl das *Zustandekommen des Vertrags*, in welchem sie vorgesehen ist, als auch das Zustandekommen der spezifischen Einigung über den Erfüllungsort. Wie erwähnt, enthalten die PICC selber Regeln über das Zustandekommens einer Vereinbarung, was vor allem im Zusammenhang mit ihrer Zweckbestimmung als Modellgesetz zu sehen ist.⁴⁷⁵ Solange aber die Geltung der PICC allein auf einer materiellrechtlichen Rechtswahl beruht, stellt sich die Frage nach Funktion und Stellenwert dieser Regeln.

Vorab ist zu fragen, ob die PICC gültig als Vertragsinhalt vereinbart wurden. Sie beantwortet sich nach dem anwendbaren nationalen Vertragsrecht und ggf. nach Staatsvertragsrecht, etwa nach dem CISG. Dabei ist ohne Weiteres vorstell-

473 UNIDROIT, *Principes d'UNIDROIT* 2004, Rome 2004, 2.

474 Deutsche Übersetzung der UNIDROIT-Grundregeln der Internationalen Handelsverträge 2004: www.unidroit.org/german/UNIDROIT-Principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf.

475 Kapitel 2 Abschnitt 1; MAYER 506; vorne § 4C.II.

bar, dass der Sachvertrag – also z.B. der Kaufvertrag – gültig zustande kommt, währenddem keine gültige Einwahl der Parteien in die PICC stattgefunden hat.⁴⁷⁶

Wurden die PICC gültig vereinbart, so stellt sich die Frage, ob und mit welchem Inhalt der Sachvertrag zustande gekommen ist. Das Zustandekommen des Vertrags ist im 2. Kapitel der PICC geregelt; der Stellenwert dieses Kapitels ist aber im Fall einer bloss materiellrechtlichen Rechtswahl der Parteien eingeschränkt. Soweit die anwendbaren Normierungen der Vertragsentstehung der nationalen oder staatsvertraglichen Rechtsordnungen zwingendes Recht enthalten, verdrängen sie bereits das 2. Kapitel der PICC.⁴⁷⁷ Dasselbe gilt betreffend Formvorschriften, Verbots- und Missbrauchsgesetzgebungen, Willensmängelregelungen sowie Regeln der Handlungs- und Rechtsfähigkeit sowie der vollmachtlosen Stellvertretung. Diese Sichtweise wird denn auch durch Art. 1.4 PICC bestätigt.⁴⁷⁸

Weichen die Bestimmungen der PICC zur Vertragsentstehung von den Bestimmungen ab, welche vom anwendbaren staatlichen Recht als zwingend vorgesehen sind, so können sie lediglich kumulativ zum staatlich gesetzten Recht und damit tendenziell *einschränkend* zum Zug kommen.

Die PICC enthalten z.B. mildere Vorschriften betreffend den notwendigen Bereich des Konsenses (*essentialia negotii*) als das schweizerische OR.⁴⁷⁹ Die strengeren Vorschriften des OR werden sich hier ihrer zwingenden Natur wegen durchsetzen.

Einschränkend könnten umgekehrt die PICC z.B. bei Erfüllungsortsvereinbarungen wirken, die in AGB enthalten sind. Die PICC enthalten tendenziell restriktivere Regeln betreffend die Geltung überraschender Bedingungen als das OR.⁴⁸⁰

Eine kumulative Anwendung der PICC mit dem zwingenden staatlichen Recht könnte damit sowohl zur Ungültigkeit des Sachvertrags insgesamt als auch der spezifischen Erfüllungsortsvereinbarung führen. Dieses Ergebnis wird aber in aller Regel den Erwartungen der Parteien zuwiderlaufen, welche die PICC aus Gründen einer höheren Voraussesbarkeit der rechtlichen Beurteilung des Vertragsinhalts wählen, höhere Schranken für die Gültigkeit ihrer Vereinbarungen indessen i.d.R. nicht in Kauf nehmen wollen. Deshalb sind m.E. in diesen Fällen die einschlägigen Bestimmungen der PICC im Sinne eines *favor validitatis* nicht anzuwenden, solange die PICC allein aufgrund einer materiellrechtlichen Rechtswahl gelten.⁴⁸¹

476 Die PICC gehören nicht zu den *essentialia negotii*, (vgl. z.B. Art. 2 Abs. 1 OR), können aber subjektiv notwendiger Vertragsbestandteil sein (dazu BUCHER, OR AT, 119 f.).

477 Vgl. MAGNUS, Principles, 57.

478 UNIDROIT, Principles d'UNIDROIT 2004, Rome 2004, 12.

479 Dazu vorne § 3B.III.2.a) sowie nachstehend.

480 Art. 2.1.20 PICC; vgl. hinten § 4C.V.1.c). Zum OR vorne § 3B.III.2.g).

481 Ebenso SCHILF, Vertragsgrundregeln, 46, der diesfalls ebenso eine Anwendbarkeit der Principles auf den Vertragschluss ablehnt.

ii) Zustandekommen nach PICC

Die Regeln der PICC über das Zustandekommen des Vertrags orientieren sich inhaltlich weitgehend (aber nicht vollständig) an denjenigen des CISG.⁴⁸² Sie beruhen auf dem Modell von Offerte und Akzept, beziehen aber im Unterschied zum CISG und zum OR die Realität komplexer Vertragsverhandlungen mit ein, die zwischen den Parteien wechselnde und stufenweise abgegebene Willenserklärungen einschliesst (Art. 2.1.1).⁴⁸³

Was den Bereich des *notwendigen Konsenses* (*essentialia negotii*) betrifft, so müssen nach schweizerischem Recht alle objektiv wesentlichen Punkte bei Vertragsschluss von der Willenseinigung umfasst sein.⁴⁸⁴ Die herrschende Meinung stellt strenge Anforderungen an den Inhalt eines notwendigen Konsenses beim Kaufvertrag.⁴⁸⁵ Die PICC sind liberaler:⁴⁸⁶ So muss z.B. der Kaufpreis im Vertrag nicht festgelegt sein; die Festlegung erfolgt lückenfüllend im Rahmen einer nachträglichen objektiven Bestimmung nach Handelsbrauch oder Ermessen.⁴⁸⁷ Ganz allgemein kann eine Vertragsergänzung betreffend wichtiger Vertragspunkte nachträglich vom Richter vorgenommen werden.⁴⁸⁸

Was den zulässigen Inhalt des Angebots betrifft, so geben sich die PICC ebenfalls liberaler als das schweizerische OR. Art. 3.3 Abs. 1 PICC besagt: «Die blossе Tatsache, dass bei Vertragsschluss die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung unmöglich war, berührt nicht die Gültigkeit des Vertrags.» Darin ist auch die anfängliche objektive Unmöglichkeit der Erfüllung enthalten,⁴⁸⁹ die nach Art. 20 Abs. 1 OR die Entstehung des Vertrags hindert.

Liegt keine Übereinstimmung des tatsächlichen Willens der Parteien vor, so kann nach PICC ein normativer Konsens nach Vertrauensprinzip greifen.⁴⁹⁰ Als Korrekturmöglichkeit enthalten die PICC auch eigene Regeln zur Willensmängelanfechtung bei erheblichem Irrtum einer Partei⁴⁹¹.

482 WERRO / BELSER 520 f.

483 «... Verhalten der Parteien, das ausreicht, eine Einigung darzutun»; vgl. dazu WERRO/BELSER 520 ff.; zum schweizerischen Recht vgl. BUCHER, OR AT, 126.

484 Vorbehaltlich zusätzlicher subjektiv wesentlicher Punkte, von denen eine Partei das Inkrafttreten des Vertrags abhängig machen will. BUCHER, OR AT 117 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 330 ff.; betr. unklarer subjektiver Wesentlichkeit eines objektiv unwesentlichen Punktes: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 996 ff.

485 So bezüglich Bestimmbarkeit des Kaufpreises; Kritik bei BUCHER, OR BT 55 und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 339 f.

486 UNIDROIT, Principes d'UNIDROIT 2004, Rome 2004, 132 f.; WERRO/BELSER 521 f.

487 Art. 5.1.7 Abs. 1 PICC; MAGNUS, Principles, 60.

488 Art. 4.8 PICC.

489 So auch ausdrücklich UNIDROIT, Principes d'UNIDROIT 2004, Rome 2004, 99 f.; MAYER 507.

490 WERRO/BELSER 522.

491 Art. 3.4–3.20 PICC. Auch hier wirft das Verhältnis zu nationalrechtlichen Regelungen wie etwa Art. 23 ff. OR Fragen auf.

iii) Vorrang der Erfüllungsortvereinbarung

Die PICC räumen einem besonders vereinbarten oder nach Vertrag bestimmbaren Erfüllungsort den Vorrang gegenüber der «dispositiven» Regelung in den PICC ein. Insofern gleicht die Normierung Art. 74 Abs. 1 OR und den Art. 31 i.i. und 57 Abs. 1 CISG. Im Unterschied zu OR und CISG ist jedoch die vorstehend erwähnte Natur der PICC zu beachten, die als mittels materiellrechtlicher Rechtswahl einbezogene, vorformulierte Vertragsregeln Geltung beanspruchen, und nicht als dispositives Gesetzesrecht. Relevant wird also das Verhältnis zwischen einer *besonderen Vereinbarung des Erfüllungsorts* und einem allgemeinen Vertragsinhalt, den die Parteien übernommen haben. Insofern nähert sich die Problematik dem Verhältnis zwischen Spezialabrede und AGB⁴⁹² an, wenn auch dieser Vergleich nicht ganz zutreffend ist.⁴⁹³

Die Spezialabrede geht den PICC ohne Weiteres vor. Dies ergibt sich nicht nur aus der Vergleichung mit dem AGB-Recht; abweichende Vereinbarungen sind ohnehin ausdrücklich in der speziellen Erfüllungsortsregelung des Art. 6.1.6 PICC festgehalten.⁴⁹⁴

b) Auslegung der Vereinbarung

Zur *Auslegung des Vertrags* enthalten die PICC eine Reihe von ausdrücklichen Regeln in Kapitel 4. *Auslegungsziel* ist die Ermittlung des gemeinsamen Willens der Parteien, subsidiär greift eine objektivierte Auslegung nach Vertrauensprinzip.⁴⁹⁵ Als *Auslegungsmittel*⁴⁹⁶ werden in Art. 4.3 PICC verschiedene «erhebliche» Umstände ausdrücklich normiert, darunter die Gepflogenheiten zwischen den Parteien und Handelsbräuche. Als ausdrückliche Auslegungsregeln sind der *favor validitatis*⁴⁹⁷ und die *interpretatio contra proferentem*⁴⁹⁸ besonders hervorzuheben.

492 Die abweichende individuelle Abrede geht den AGB vor; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1139. Vgl. die Regelung in den PICC selbst: Art. 2.1.19–2.1.22.

493 Während nämlich die allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgewählte Nebenpunkte des Vertrags regeln, haben die PICC einen umfassenderen Regelungsanspruch. Insbesondere enthalten sie selber Regeln über die AGB (LEIN 174 f.; SCHILF, Vertragsgrundregeln, 411 f.). Dieser Unterschied zu den AGB träte möglicherweise bei der Kollision einer Spezialabrede mit einer von den PICC als «zwingend» bezeichneten Regelung hervor (Art. 1.5 PICC; vgl. vorne § 4C.II.).

494 Deklariertes Motiv für die Regelung des Erfüllungsorts in den PICC sind nicht Inhalte materieller Gerechtigkeit, sondern allein die Notwendigkeit, jeder geschuldeten Leistung einen Erfüllungsort zuzuordnen (UNIDROIT, Principes d'UNIDROIT 2004, Rome 2004, 165, vgl. BUCHER, OR AT, 186 ff.; vgl. vorne § 3B.III.2.c).

495 Art. 4.1 Abs. 1 und 2 PICC.

496 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1205 ff.

497 Art. 4.5 PICC.

498 Art. 5.6.

c) *Kaufmännisches Bestätigungsschreiben und AGB*

Für das kaufmännische Bestätigungsschreiben sieht Art. 2.1.12 eine ausdrückliche Regelung vor. Weicht der Inhalt des Bestätigungsschreibens von einem bereits abgeschlossenen Vertrag⁴⁹⁹ ab, so wird er zum Vertragsinhalt, wenn er keine wesentliche Abweichung enthält, und das Bestätigungsschreiben vom Empfänger nicht unverzüglich beanstandet wird.

Die PICC enthalten auch eine – punktuelle – Regelung von Fragen im Zusammenhang mit den AGB.⁵⁰⁰ Eine besondere Pflicht des Verwenders, auf die AGB hinzuweisen, fehlt. Eine Inhaltskontrolle i.e.S. ist nicht vorgesehen, was darauf zurückzuführen ist, dass die PICC nicht für Verbraucherverträge konzipiert sind.⁵⁰¹ Überraschende Bedingungen können der anderen Partei nicht entgegeng gehalten werden, es sei denn, sie habe sie ausdrücklich angenommen.⁵⁰² Bei kollidierenden AGB gilt die Restgültigkeitstheorie.⁵⁰³

2. *Bestimmung nach dispositivem Recht*

Geldschulden sind Bringschulden und somit an der Niederlassung des Gläubigers zu erfüllen. Alle übrigen Schulden sind als Holschulden an der Niederlassung der schuldnerischen Partei zu erfüllen.⁵⁰⁴ Ein Erfüllungsort des Lageorts der geschuldeten Sache fehlt⁵⁰⁵, wird indessen oft Gegenstand einer – auch nur konkludenten – Vereinbarung sein.

Die Anknüpfung der Niederlassung (*place of business; établissement*) ist nicht weiter definiert. Der Begriff ist allerdings im internationalen Einheitsrecht gängig; er findet sich auch in anderen Texten der UNIDROIT und in Texten der UNCITRAL.⁵⁰⁶ Insbesondere kann auf Lehre und Rechtsprechung zum CISG⁵⁰⁷ Bezug genommen werden. Ausserdem findet sich in Art. 2 lit. f. des UNCITRAL-Mo-

499 Im Unterschied etwa zum schweizerischen oder deutschen Recht setzten die PICC (sowie die PECL) voraus, dass dem Bestätigungsschreiben ein gültig abgeschlossener Vertrag vorangegangen ist (KÖHLER 50 f.); dem Bestätigungsschreiben kommt mithin keine konstitutive Wirkung auf den Vertragsschluss, sondern nur auf den Vertragsinhalt zu.

500 Art. 2.1.19–22 PICC.

501 KRAMER 210 f.; SCHILF, Vertragsgrundregeln, 64.

502 Art. 2.1.20 Abs. 1 PICC.

503 MAGNUS, Principles, 60; SCHILF, Vertragsgrundregeln, 65; vgl. vorne § 3B.III.2.g).

504 Art. 6.1.6 Abs. 1 PICC.

505 Im Gegensatz zu CISG (vorne § 4B.II.4.a) und OR (vorne § 3B.IV.1), wo dieser Erfüllungsort vorgesehen ist.

506 UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment (2001); United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (2001); United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit (1995); UNCITRAL-Model Law on International Commercial Arbitration (1985).

507 Dieses Instrument verwendet einen staatsvertragsautonomen, vom nationalen Recht unabhängigen Begriff der «Niederlassung»; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-FERRARI, Art. 1 N 44 ff.; Art. 10 N 1 ff.

dellgesetzes über die internationale Insolvenz⁵⁰⁸ eine Legaldefinition der «Niederlassung».

Bei mehreren Niederlassungen einer Partei ist die Niederlassung der engsten Beziehung zum Vertrag und zu seiner Erfüllung massgeblich.⁵⁰⁹ Ein Wechsel der Niederlassung nach Vertragsschluss ist beachtlich; die Anknüpfung ist beweglich ausgestaltet, und zwar im Gegensatz zum schweizerischen Recht auch bei Nicht-Geldschulden.⁵¹⁰ Durch den nachträglichen Wechsel der Niederlassung kann die Rechtsstellung der anderen Partei mithin beeinträchtigt sein. Zum Interessenausgleich zwischen den Parteien sehen die PICC vor, dass dieser Partei alle dadurch entstandenen, mit der Erfüllung zusammenhängenden Mehrkosten zu ersetzen sind.⁵¹¹ Ausserdem wird die aktive Partei i.d.R. eine Obliegenheit zur Information der anderen Partei treffen, gestützt auf das Prinzip von Treu und Glauben sowie gestützt auf allgemeine vertragliche Mitwirkungspflichten.⁵¹²

VI. Zwischenergebnis

Was das Zustandekommen der Erfüllungsortvereinbarung nach PICC betrifft, so gilt *de lege lata* das nach dem IPR des Forums berufene anwendbare Recht; die Regelungen der PICC sind solange grundsätzlich nicht anwendbar, als diese allein aufgrund einer materiellrechtlichen Rechtswahl in den Vertrag einbezogen werden können. In diesem Rahmen sind auch deren Normierungen des Kaufmännischen Bestätigungsschreibens und der AGB unbeachtlich.

Bereits in der heutigen Praxis wirksam sind hingegen die «dispositiven» Bestimmungen des Erfüllungsorts, die dispositives, staatlich gesetztes Recht anderen Inhalts überlagern, sofern der Erfüllungsort nicht Gegenstand einer besonderen vertraglichen Absprache geworden ist.

D. «Europäisches Schuldvertragsrecht»

I. Gegenstand der Untersuchung

Nachstehend sei zuerst untersucht, ob sich das Gemeinschaftsrecht der Frage des Erfüllungsorts im vorliegend interessierenden Zusammenhang angenommen hat. Sodann wird ein Licht auf die Bestrebungen zur Schaffung eines europäischen

508 UNCITRAL Model Law on International Insolvency (1997); vgl. auch Art. 20 Abs. 1 lit. c und Art. 21 Abs. 3 IPRG.

509 Art. 1.11 PICC.

510 Vgl. Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

511 Art. 6.1.6 Abs. 2 PICC. Anders als nach Art. 74 Abs. 3 OR ist hierfür keine «erhebliche Belästigung» notwendig.

512 Art. 1.7 und 5.1.3 PICC; UNIDROIT, *Principes d'UNIDROIT* 2004, Rome 2004, 166.

Schuldvertragsrechts sowie seine heutige und zukünftige Bedeutung geworfen. In engem Zusammenhang mit diesen Projekten ist schliesslich eine wissenschaftliche Kodifikation des allgemeinen Vertragsrechts europäischen Ursprungs näher zu betrachten, sowie deren Erfüllungsortsregelung darzustellen.

II. Begriff

Unter «Europäischem Schuldvertragsrecht» wird Unterschiedliches verstanden. Der Begriff kann rechtshistorisch oder rechtsvergleichend angegangen werden.⁵¹³ So können die Normen des sekundären Gemeinschaftsrechts mit schuldvertragsrechtlichen Implikationen⁵¹⁴ kompiliert und in einer Gesamtbetrachtung dargestellt werden.⁵¹⁵ Unter dem Begriff können aber auch die europäischen Kollisionsnormen verstanden werden, die im Bereich des Vertragsrechts zur Anwendung gelangen: EVÜ und EuGVO.⁵¹⁶ Schliesslich wird der Begriff häufig im Zusammenhang mit den Bestrebungen verwendet, das europäische Privatrecht zu vereinheitlichen und zu kodifizieren.

III. Regelungen des Erfüllungsorts im bestehenden Gemeinschaftsprivatrecht?

Das Privatrecht beruht in der EU auf verschiedensten Rechtsquellen und wirkt auf verschiedenen Rechtsebenen, was mit dem «polyzentrischen Mehrebenensystem» veranschaulicht werden kann.⁵¹⁷ Staatsvertragsrecht, supranationales Recht und nationales Recht wirken als Kollisionsrecht und materielles Privatrecht auf komplexe Weise zusammen. Die Dekodifikation des materiellen Privatrechts ist dabei Ausgangspunkt und Ergebnis dieses Prozesses zugleich,⁵¹⁸ wie sogleich zu zeigen ist.

Als supranationale Rechtsquelle verfolgt das privatrechtsrelevante *sekundäre Gemeinschaftsrecht* nicht ein umfassendes Harmonisierungsziel, es strebt keine Vereinheitlichung des Privatrechts an, sondern steht im Interesse gemeinsamer Politikziele der Mitgliedstaaten. Indem es sich allein an diesen Zielen orientiert, greift es sektoriell in die einzelnen Privatrechtsbereiche ein. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Zuständigkeit der EG grundsätzlich auf bestimmte, vorab auf das Binnenmarktziel ausgerichtete Politikbereiche beschränkt ist, und dass

513 REMIEN, *Verwirrspiele*, 125; historische Betrachtung bei BROGGINI, *Gemeineuropäisches Vertragsrecht*, 221 ff.

514 Vgl. FURRER, *Zivilrecht*, 85 ff.

515 Umfassend bereits GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht*.

516 Vgl. SIEHR, *Weg zu einem Europäischen Internationalen Privatrecht*, 91 ff.

517 Grundlegend FURRER, *Zivilrecht*, 149 ff.; FURRER, *Gestaltungsspielräume*, 511 ff.; DECKERT 87 f.

518 Vgl. DECKERT 88; TRÖGER 535 f.

die Gesetzgebung zudem dem Subsidiariätsprinzip unterliegt.⁵¹⁹ Damit bewirkt das sekundäre Gemeinschaftsrecht in den verschiedenen Privatrechtsbereichen einzig eine punktuelle Harmonisierung. Weil es um die Behebung von Marktversagen i.w.S. geht, enthalten die sekundärrechtlichen Rechtsakte im Übrigen vorwiegend zwingende Bestimmungen.⁵²⁰

Im Licht des Gesagten ist das sekundäre Gemeinschaftsrecht vorwiegend – aber nicht ausschliesslich – dem Verbraucherschutz verpflichtet,⁵²¹ der – wie auch das Versicherungsrecht – im vorliegenden Zusammenhang des Vertragsgerichtsstandes nicht interessiert.⁵²² Ausserhalb der Bereiche des Verbraucher- und Versicherungsrechts sind die Handelsvertreterrichtlinie⁵²³ und die Zahlungsverzugsrichtlinie⁵²⁴ zu erwähnen,⁵²⁵ die indessen keine Vorschriften über den Erfüllungsort enthalten.⁵²⁶

EU-Staatsvertragsrecht über das materielle Privatrecht besteht nicht. Damit ist aus dem Gesagten zu folgern, dass das Gemeinschaftsprivatrecht für den materiellrechtlichen Erfüllungsort im vorliegenden Zusammenhang nicht unmittelbar relevant ist.

IV. Zukünftiges Europäisches Schuldvertragsrecht

1. Grundlagen und Wünschbarkeit

Ob eine Gemeinschaftszuständigkeit für die materielle Vereinheitlichung eines Europäischen Schuldvertragsrechts oder gar eines Europäischen Privatrechts besteht, ist bestritten.⁵²⁷ Immerhin wird aber bereits dem heutigen *acquis* eines euro-

519 DECKERT 89; TRÖGER 525.

520 GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, NJW 2000, 17; HUGUENIN, Vertragsrecht, 181.

521 MAGNUS, Vertragsrecht, 1311; HUGUENIN, Vertragsrecht, 177 (Liste der wichtigsten zum Europäischen Konsumentenvertragsrecht: HUGUENIN, Vertragsrecht, 191 ff.).

522 Verbraucher- und Versicherungsrecht sind vom Vertragsgerichtsstand der rev. LugÜ/EuGVO aufgenommen; vgl. hinten § 12D; § 12F.

523 Richtlinie 86/653 des Rates v. 18. 12. 1985.

524 Richtlinie 2000/35 des Rates v. 8. 8. 2000.

525 Daneben gibt es eine Reihe von Richtlinien zu spezifischen Wirtschaftsbereichen wie dem Banken-, Versicherungs-, Wertpapier- oder Arbeitssektor, die einzeln vertragsrechtliche Regelungen enthalten (MAGNUS, Vertragsrecht, 1311). Der EuGH hat im Übrigen in seiner Entscheidung v. 13. 10. 2005 Klein, Rs. C-73/04, eine Einordnung von Time-Share-Verträgen in Art. 16 Ziff. 1 lit. a EuGVÜ abgelehnt, was eine Einordnung auch dieser in der Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 10. 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilnutzungsrechten an Immobilien geregelten Verträge als Konsumentenstreitigkeit nahe legt (vgl. bereits EG-KOMMISSION, Vorschlag, 17; MARKUS, Hauptpunkte, 213.). Die Pauschalreiserrichtlinie (Richtlinie 90/314 EWG des Rates vom 13. 6. 1990) ist im Übrigen vorliegend ebenfalls nicht einschlägig.

526 Keine Vorschriften enthalten im Übrigen auch die Verbraucherschutzrichtlinie (Richtlinie v. 20. 12. 1985 Nr. 85/577) und die Fernabsatzrichtlinie (Richtlinie v. 20. 5. 1997 Nr. 97/7).

527 Vgl. REMIEN, Verfassungsfrage, 704 ff., Fn. 40 m.w.H.; ferner für eine umfassende Privatrechtszuständigkeit aufgrund des Binnenmarktkompetenzartikels 95 EG: SCHMIDT-KESSEL 486; ver-

päischen Schuldvertragsrechts eine gewisse Dichte und ein gewisser Systematisierungsgrad zuerkannt,⁵²⁸ womit die materielle Grundlage für eine Kodifizierung bis zu einem gewissen Grad bereits vorhanden wäre. Jedenfalls ist der Einfluss des bereits bestehenden Gemeinschaftsrechts auf die potentielle Rechtsmasse eines «Europäischen Privatrechts» nicht zu unterschätzen.⁵²⁹

Damit verbunden ist die Frage, ob eine Kodifizierung für den europäischen Binnenmarkt überhaupt sinnvoll ist. Dafür spricht der heutige, weitgehend konzeptlose Zustand,⁵³⁰ welcher den Rechtsunterworfenen Probleme bereitet. Die Kodifikation erleichtert den Verkehr von Gütern, Dienstleistungen, Personen und Kapital in der EU, indem die juristischen Transaktionskosten für den europäischen Handel gesenkt werden.⁵³¹ Unterschiede im materiellen Recht der Mitgliedstaaten sind Hindernisse des freien Verkehrs, weshalb sich deren Beseitigung in den Dienst des europäischen Binnenmarkts im Sinne des Art. 95 EGV stellt.⁵³² Um diese Vorteile nicht gegen Abgrenzungsprobleme zwischen EU-Binnen- und EU-Aussenverkehr einzutauschen, wäre aber der Vorrang einheitsrechtlicher Übereinkommen wie des CISG auch zwischen den Mitgliedstaaten weiterhin zu beachten.⁵³³

Zwar gibt es valable Gegenargumente, die Vielfalt der Privatrechtsordnungen in der EU aufrechtzuerhalten. So kann der Wettbewerb zwischen den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einer fortwährenden Verbesserung der Qualität dienen und die rasche Anpassung des Rechts an neue ökonomische Anforderungen fördern.⁵³⁴ Diese Auffassung sollte aber nicht davon ausgehen, dass sich eine europäische Privatrechtsordnung selber im wettbewerbsfreien Raum bewegen würde. Der Wettbewerb zwischen den Rechtsordnungen verlagert sich mit der Globalisierung von der zwischenstaatlichen Ebene auf die Ebene der weltweiten Wirtschaftsregionen und spielt damit u.a. zwischen den Rechtstraditionen des *civil* und des *common law*.

neinend: WEATHERILL 17 ff.; SCHROETER 541; LUDWIGS 381 ff.; im Hinblick auf die – gescheiterte – Europäische Verfassung: ZENO-ZENCOVICH/VARDI 209 ff. Art. 65 EGV bietet allein keine Grundlage zur Privatrechtsvereinheitlichung, weil er nur von Vorschriften des Zivilverfahrens- und Kollisionsrechts spricht, nicht aber von Normen des materiellen Privatrechts (SCHROETER 541).

528 GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, NJW 2000, 14 ff.

529 KIENINGER, Vertragsrecht, 487 f., 506.

530 FURRER, Zivilrecht, 115; REICH 372.

531 V. BAR/ZIMMERMANN, Teile I und II, XXIII; LEHNE 1; vgl. BLOCHER 2 f.

532 Dazu KIENINGER, Vertragsrecht, 486 f.; REMIEN, Verfassungsfrage, 705 ff.; LANDO, Aktionsplan, 2; vgl. V. BAR/ZIMMERMANN, Teile I und II, XXIII.

533 MAGNUS, Vertragsrecht, 1320.

534 DECKERT 103; BLOCHER 3 f.; kritisch: KIENINGER, Wettbewerb, 276 ff.

2. *Politische Schritte in die Richtung eines Europäischen Schuldvertragsrechts*

Auf politischer Ebene hat das Europäische Parlament seit 1989 wiederholt in die Richtung einer Kodifizierung des binnenmarktrelevanten Privatrechts gezeigt.⁵³⁵ In jüngerer Zeit hat die EG-KOMMISSION mit einer Reihe von Mitteilungen in rascher Folge bedeutsame Marksteine gesetzt. Ein *Aktionsplan*⁵³⁶ soll zur qualitativen Verbesserung des geltenden und künftigen Gemeinschaftsrechts, zur Förderung EU-weiter AGB und zur Errichtung eines optionalen Rechtsinstruments im Bereich des europäischen Vertragsrechts dienen.⁵³⁷ Diesem Aktionsplan ist ein *Konsultationsverfahren* der EG-KOMMISSION vorausgegangen, welches den konkreten Bedarf an einer Harmonisierung abklären wollte und diverse Massnahmen zur Diskussion stellte, die nach Grad der Harmonisierung und des Eingriffs in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen abgestuft sind.⁵³⁸ Beklagt wurden im Rahmen der Anhörungen nicht nur die Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Vertragsrechten, sondern auch inhaltliche Unstimmigkeiten innerhalb des Gemeinschaftsrechts.⁵³⁹

Eine Vereinheitlichung soll gemäss EG-KOMMISSION sowohl sektoriell (in Weiterführung der bisherigen Methode) wie z.T. auch sektorübergreifend stattfinden können. Die von der EG-KOMMISSION in Betracht gezogenen Massnahmen sind vorwiegend nicht gesetzgeberischer Natur; die heutige Schaffung eines bindenden Vertragsrechts war im Konsultationsverfahren mehrheitlich abgelehnt worden.⁵⁴⁰ Sie setzen somit vorsichtiger an: Vorab will die EG-KOMMISSION die Verwendung EU-weiter AGB (Standardvertragsklauseln) fördern.⁵⁴¹ Dabei wird als besonderes Problem die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Regelungen betreffend Einbezug der AGB in den Vertrag identifiziert – eine Frage, die allerdings nur mit verbindlichen gesetzgeberischen Massnahmen der Gemeinschaft gelöst werden könnte.⁵⁴² Aufgrund des Aktionsplans sowie einer überwältigenden Zustimmung im Konsultationsverfahren⁵⁴³ hat die EG-KOMMISSION sodann die Eck-

535 Entschliessungen des Europäischen Parlaments v. 26.5.1989 (ABl. C 158 v. 26.6.1989, 400); v. 6.5.1994 (ABl. C 205 v. 25.7.1994, 518); v. 15.11.2001 (ABl. C 140E v. 13.6.2002, 538); sowie v. 23.3.2006 (ZEUP 2006, 908).

536 Mitteilung der EG-KOMMISSION vom 12.2.2003 an das europäische Parlament und den Rat – Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht – ein Aktionsplan; KOM (2003) 68 endg.

537 HUGUENIN, Vertragsrecht, 182.

538 Mitteilung der EG-KOMMISSION vom 11.7.2001 an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht (KOM (2001) 398 endg.

539 Mitteilung der EG-KOMMISSION vom 12.2.2003 an das europäische Parlament und den Rat – Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht – ein Aktionsplan; KOM (2003) 68 endg., 8.

540 LANDO, Aktionsplan, 2.

541 Mitteilung der EG-KOMMISSION vom 11.10.2004 Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen (KOM (2004) 651), Ziff. 2.2.; LANDO, Aktionsplan, 3.

542 NAJORK/SCHMIDT-KESSEL 9.

543 STAUDENMAYER 103; LANDO, Aktionsplan, 2.

Pfeiler eines «*Gemeinsamen Referenzrahmens*» in Angriff genommen. Dabei handelt es sich um ein *restatement* des Europäischen Privatrechts⁵⁴⁴ in Form eines Handbuchs, das Grundsätze, Definitionen unbestimmter Rechtsbegriffe und Modellregeln enthalten soll, die bei der Ausarbeitung neuer Normen durch Gemeinschaft und Mitgliedstaaten Beachtung finden, aber auch den Gerichten als Auslegungshilfe dienen sollen.⁵⁴⁵ In ihrer Mitteilung aus dem Jahr 2004 umschreibt die Kommission die verschiedenen Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens: Inkohärenzen des *acquis* eines europäischen Vertragsrechts sollen behoben, dessen redaktionelle Qualität verbessert und bestehende Vorschriften vereinfacht und geklärt werden.⁵⁴⁶ In diesem Rahmen zieht die Kommission als nicht sektorspezifische Massnahme die Erarbeitung eines allgemeinen *optionalen Rechtsinstrumentes* des europäischen Vertragsrechts in Betracht.⁵⁴⁷ Dabei stehen verschiedene Ausgestaltungen eines solchen Instrumentes offen.⁵⁴⁸ Zur Diskussion stehen vertragsrechtliche Bestimmungen, die verbunden mit einem *opting-in* der Parteien zur Geltung kommen.⁵⁴⁹ Als stärkere Variante wäre das Rechtsinstrument als *wählbares Recht* im Sinne von Art. 3 des Römer Übereinkommens bzw. der Verordnung «Rom I» einzusetzen (kollisionsrechtliche Rechtswahl).⁵⁵⁰ Noch weitergehend als diese optionalen Instrumente kommt eine Ausgestaltung als positives gemeinschaftsrechtliches Einheitsrecht in Frage.⁵⁵¹ Dessen räumlich-persönlicher Anwendungsbereich könnte unterschiedlich festgelegt werden; innerhalb dieses

544 SCHMIDT-KESSEL 489.

545 Mitteilung der EG-KOMMISSION vom 11. 10. 2004 Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen (KOM (2004) 651), Ziff. 2.1.1 und 2.1.2.; LANDO, Aktionsplan, 3; HONDIUS 108 ff.; vgl. nachstehend § 4D.V.1.

546 Mitteilung der EG-KOMMISSION vom 11. 10. 2004 Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen (KOM (2004) 651), 3 ff.; LANDO, Aktionsplan, 3.

547 Mitteilung der EG-KOMMISSION vom 11. 10. 2004 Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen (KOM (2004) 651), 9 f.; vgl. auch Rezital Nr. 14 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

548 Gekleidet in Form einer Verordnung oder einer blossen Empfehlung; vgl. STAUDENMAYER 105 f.

549 Aus der Formulierung im Anhang I der Mitteilung der EG-Kommission vom 11. 10. 2004 Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen (KOM (2004) 651) ist nicht sogleich ersichtlich, ob diese «vertragsrechtlichen Bestimmungen» bloss als vorformulierte Vertragsinhalte oder aber als positives Recht zu verstehen sind (vgl. dazu vorne § 4C.II; § 4C.III); dem Sinne nach müsste es sich eher um Letzteres handeln. Dafür spricht auch die ausdrückliche Erwähnung des optionalen Rechtsinstrumentes in Rezital Nr. 14 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

550 Rezital Nr. 14 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I). Vgl. betr. PICC vorne § 4C.II; § 4C.III.

551 HUGUENIN, Vertragsrecht, 188 f. Zur Frage des sachlichen Anwendungsbereichs, insbesondere ob ein europäisches Einheitsrecht auf das Vertragsrecht beschränkt werden oder über dieses hinausgehen sollte: v. BAR, Referenzrahmen, 1221 ff.

Geltungsbereichs würde das Instrument das EVÜ oder dessen Nachfolgeberordnung und die darin verwiesenen nationalen Rechtsordnungen wohl aber weitgehend ausschaltet.

Angesichts dieser Optionen und der unsicheren Zuständigkeitsfrage gibt sich die EG-KOMMISSION noch vorsichtig; sie optiert heute noch für ein unverbindliches, allein von der Kommission finalisiertes Instrument.⁵⁵² Vor dem Hintergrund des hohen Aktivitätsgrades von Parlament und Kommission⁵⁵³, der breiten Zustimmung zum gemeinsamen Referenzrahmen⁵⁵⁴ und der massgeblichen Kritik an den Dekodifikationstendenzen erscheinen ein mittels kollisionsrechtlicher Rechtswahl verstärktes optionales Rechtsinstrument und sogar ein Europäisches Vertragsgesetzbuch in näherer bzw. mittlerer Zukunft nicht unwahrscheinlich.⁵⁵⁵

Es ist im Übrigen zu erwarten, dass die Entwicklung in der EU für die Schweiz von grosser Bedeutung sein wird.⁵⁵⁶ Wenn auch keine unbesehene Übernahme zukünftigen europäischen Einheitsrechts im Massstab 1:1 zu erwarten ist,⁵⁵⁷ so entspräche doch eine kritische Sichtung des schweizerischen Obligationenrechts im Licht der EU-Bestrebungen einer schweizerischen Tradition und erscheint damit als Selbstverständlichkeit.⁵⁵⁸

V. Principles of European Contract Law

1. Hintergrund und Bedeutung

Die genannten politischen Bemühungen für ein europäisches Vertragsrecht werden von einer Reihe wissenschaftlicher Initiativen und Projekten eingerahmt.⁵⁵⁹ Als umfassendes Projekt sind die PECL der Kommission für Europäisches Vertragsrecht («Lando-Kommission») zu erwähnen, die in den Jahren 1999 (Teile I und II) sowie 2003 (Teil III) veröffentlicht wurden.⁵⁶⁰ Die Arbeiten der Kommission, einer Gruppe von Rechtswissenschaftlern aus allen vormaligen 15 Mitglied-

552 Mitteilung der EG-KOMMISSION vom 11.10.2004 Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen (KOM (2004) 651), 6; NAJORK/SCHMIDT-KESSEL 6f.

553 FURRER, EuGH-Rechtsprechung, 319.

554 STAUDENMAYER 103; LANDO, Aktionsplan, 2

555 GRUNDMANN, Europäisches Vertragsrecht – Quo vadis, 867; FURRER, Privatrecht, 242f.; DECKERT 107; LEHNE 4; pessimistischer für die nähere Zukunft: LANDO, Aktionsplan, 6.

556 FURRER, Privatrecht, 243; HUGUENIN, Obligationenrecht, 29.

557 Vgl. BLOCHER 3.

558 HUGUENIN, Obligationenrecht, 29.

559 S. FURRER, Privatrecht, 241; bedeutendstes Parallelprojekt zu den PECL: GANDOLFI GUISEPPE (Hrsg.), Code Européen des Contrats: Avant-projet, Paris 2001.

560 LANDO/BEALE; Übersetzung: v. BAR/ZIMMERMANN. In diesen Werken sind neben dem Normtext auch Erläuterungen und Beispiele zu den einzelnen Bestimmungen sowie rechtsvergleichende Anmerkungen abgedruckt.

staaten der EU, reichen bis ins Jahr 1982 zurück.⁵⁶¹ Wie die PICC, zu den die Arbeiten weitgehend parallel gelaufen sind, umfassen sie den allgemeinen Teil eines Vertragsrechts⁵⁶² und geben sich die Struktur eines gesetzgeberischen Erlasses.⁵⁶³ Die Arbeit der Kommission wird von der *Study Group on a European Civil Code* weitergeführt, die darauf aufbauend Normen für einzelne Vertragstypen, aber auch über das Vertragsrecht hinausgehende Regelungen entwirft.⁵⁶⁴

Die PECL und die PICC haben sich gegenseitig stark beeinflusst⁵⁶⁵. Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass eine Reihe von Experten an beiden Projekten beteiligt war.⁵⁶⁶ Folglich entsprechen sich gewisse Regeln sogar wörtlich, andere unterscheiden sich lediglich in der Formulierung.⁵⁶⁷

Wie erwähnt, soll der *Gemeinsame Referenzrahmen* der EG-KOMMISSION neben wesentlichen Grundsätzen und Definitionen einen Teil mit *Mustervorschriften* enthalten. Der vorgesehene Aufbau dieser Mustervorschriften folgt im Wesentlichen den PECL.⁵⁶⁸ Es ist zu erwarten, dass die PECL die Mustervorschriften auch inhaltlich wesentlich beeinflussen werden.⁵⁶⁹

Auch das daneben vorgesehene *optionale Rechtsinstrument*⁵⁷⁰ würde mit Sicherheit massgeblich durch die PECL beeinflusst. Aufbau und Struktur benötigten kaum eine Anpassung. Die Lancierung eines neuerlichen, von den PECL unabhängigen Forschungsprojekts für den Gemeinsamen Referenzrahmen oder das optionale Rechtsinstrument hiesse das Rad neu erfinden.⁵⁷¹ Dass der Einbezug eines besonderen Teils für bestimmte Vertragstypen sowie eine Ausdehnung auf Verbrauchersachen für das optionale Rechtsinstrument diskutiert werden,⁵⁷² vermag daran nichts zu ändern.

2. Geltungsgrundlagen

Unabhängig von einer zukünftigen Verwendung als Mustervorschriften und als Bestandteil eines optionalen Rechtsinstruments sehen die PECL ihre *Geltungs-*

561 LANDO, Aktionsplan, 1.

562 LANDO, Aktionsplan, 1.

563 NAJORK/SCHMIDT-KESSEL 5.

564 HONDUS 105 ff.; LANDO, Aktionsplan 2; v. BAR/ZIMMERMANN, Teile I und II, XII; die aktuellen Entwürfe sind einsehbar auf www.sgecc.net/index.php?subsite=subsite_4.

565 ZIMMERMANN 267.

566 LANDO, Aktionsplan, 1; LANDO, Schuldrecht, 236.

567 ZIMMERMANN 267, 268.

568 Mitteilung der EG-KOMMISSION vom 11.10.2004 Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen (KOM (2004) 651) Anhang I; LANDO, Aktionsplan, 3.

569 Vgl. LANDO, Aktionsplan, 3.

570 Mitteilung der EG-KOMMISSION vom 11.10.2004 Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen (KOM (2004) 651) Anhang II.

571 Vgl. LANDO, Aktionsplan, 6; vgl. ZIMMERMANN 289.

572 STAUDENMAYER 106.

grundlage in der Autonomie der Parteien.⁵⁷³ Damit funktionieren sie, wie die PICC, ohne Weiteres als *vorformulierte Vertragsregeln*, die im Sinne einer materiellrechtlichen Rechtswahl durch die Parteien zum Vertragsinhalt erhoben werden.⁵⁷⁴ Ähnlich den PICC stellen sie jedoch einen darüber hinausgehenden Anspruch der Geltung als positives Recht, was sich insbesondere in einer Reihe zwingender Vorschriften dokumentiert.⁵⁷⁵

Weitergehend enthält das Instrument ausserdem eine Vorschrift, wonach bereits die Vereinbarung, die PECL anzuwenden, dem Instrument selber unterstehen soll (und nicht dem anwendbaren, staatlich gesetzten Recht).⁵⁷⁶ Diese Norm wird damit gerechtfertigt, dass die Gültigkeit eines Vertrags nach allgemeinen Grundsätzen dem Recht untersteht, das von den Parteien auf den Vertrag als anwendbar erklärt wurde.⁵⁷⁷

Auch wenn diese Beobachtung zweifellos zutrifft: Die PECL sind heute noch keine rechtsstaatlich legitimierte Gesetzgebung. Die Gültigkeit des Sachvertrags wie der «Rechtswahl» stützt sich auf das anwendbare positive Recht, nach denselben Mechanismen wie bei den PICC.⁵⁷⁸ Was ihre Geltung und ihre Möglichkeiten zur Substituierung staatlich gesetzten Rechts betrifft, so sei vorab auf die Bemerkungen zu den PICC verwiesen.⁵⁷⁹ Wie vorstehend erwähnt, stehen die Aussichten der PECL indessen gut, in Zukunft eine verstärkte Geltungsgrundlage und damit eine erhebliche Bedeutung zu erhalten, denn ihre umfassende Berücksichtigung im Zusammenhang mit dem optionalen Rechtsinstrument und dem Gemeinsamen Referenzrahmen bietet sich an.⁵⁸⁰

3. Anwendungsbereich

Entsprechend ihren europäischen Wurzeln haben die PECL keinen weltweiten Geltungsanspruch.⁵⁸¹ Sie beschränken sich im Gegensatz zu den PICC nicht auf Verträge mit internationalem Bezug und sind auch auf reine Binnenverträge anwendbar.⁵⁸² Der sachlich-persönliche Anwendungsbereich ist im Vergleich mit

573 Präambel der PECL.

574 Vorne § 4C.II.; V. BAR/ZIMMERMANN, Teile I und II, XXV.

575 Art. 1:103 PECL; vgl. bereits Art. 1:101 PECL.

576 Art. 1:104.

577 VON BAR/ZIMMERMANN, Teile I und II, 98.

578 Vorne § 4C.V.1.a)i).

579 Vorne § 4C.II. Insbesondere weichen die PECL dem anwendbaren zwingenden nationalen oder Gemeinschaftsrecht; BROGGINI, Gemeinneuopäisches Vertragsrecht, 225. Die PECL führen im Übrigen im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit kein eigenständiges, mit den PICC vergleichbares Dasein; vgl. vorne Fn. 440.

580 Vorstehend § 4D.V.1.

581 ZIMMERMANN 266.

582 Art. 1:101 PECL.

den PICC breiter angelegt, denn sie erstrecken sich grundsätzlich auch auf Verbraucherverträge, (noch) aber ohne verbraucherspezifische Regeln zu enthalten.⁵⁸³

4. *Regelung des Erfüllungsorts*

a) *Wortlaut und Auslegung*

Der Erfüllungsort steht als Art. 7:101 am Anfang des Kapitels 7 über die Erfüllung, unmittelbar vor der Bestimmung über die Leistungszeit (Art. 7:102 PECL).

Die Bestimmung lautet:

Artikel 7:101: Leistungsort

(1) Ist der Leistungsort für eine vertragliche Verbindlichkeit weder im Verträge bestimmt noch aufgrund des Vertrages bestimmbar, so ist es

(a) im Falle einer Geldschuld der Ort, an dem der Gläubiger zur Zeit des Vertragsschlusses seine Niederlassung hat;

(b) bei einer anderen Verpflichtung als einer Geldschuld der Ort, an dem der Schuldner zur Zeit des Vertragsschlusses seine Niederlassung hat.

(2) Falls eine Partei mehr als eine Niederlassung hat, ist im Sinne des vorangehenden Absatzes diejenige Niederlassung maßgebend, die unter Berücksichtigung der bei Vertragsschluss den Parteien bekannten oder von ihnen in Betracht gezogenen Umstände die engste Beziehung zum Vertrag hat.

(3) Falls eine Partei keine Niederlassung hat, gilt ihr gewöhnlicher Aufenthaltsort als ihre Niederlassung.

Die Normierung entspricht ihrem Sinn nach weitgehend Art. 6.1.6 der PICC. Deshalb sei vorab auf die Kommentierung dieser Bestimmung hingewiesen.⁵⁸⁴ Die PECL sind indessen in einem unterschiedlichen Kontext auszulegen. Für die PICC ist das internationale (globale), rechtliche Umfeld massgeblich, während die PECL als regional begrenzte Regelung im Licht des Gemeinschaftsrecht betrachtet werden.⁵⁸⁵

b) *Bestimmung aufgrund Parteiwillen*

Wie die PICC gehen die PECL vom Vorrang des vereinbarten oder nach Vertrag bestimmaren Erfüllungsorts aus.⁵⁸⁶ Aufgrund ihrer Natur stellt sich bei den Vorschriften über die *Vertragsentstehung* dieselbe Problematik wie bei den PICC.⁵⁸⁷

Was den Bereich des *notwendigen Konsenses* betrifft, so stellen die PECL – wie die PICC – mildere Anforderungen als das schweizerische OR. Den überein-

583 ZIMMERMANN 289 f.; vgl. vorstehend.

584 Vorne § 4C.V.

585 Präambel i.V.m. Art. 1.106 PECL; vgl. ZIMMERMANN 266; zur gemeinschaftsrechtlichen Auslegung hinten § 12B.I.

586 Art. 7:101 Abs. 1 PECL.

587 Kapitel 2; siehe vorne § 4C.V.1.a)i).

stimmenden Bindungswillen der Parteien vorausgesetzt,⁵⁸⁸ liegt eine ausreichende Einigung vor, wenn die Bedingungen des Vertrags aus den PECL heraus bestimmbar sind oder wenn der Konkretisierungsgrad der Vereinbarung dazu ausreicht, dass die Durchführung des Vertrags erzwungen werden kann.⁵⁸⁹

Die PECL verfügen über eine Normierung der *Vertragsauslegung*.⁵⁹⁰ Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des gemeinsamen Willens der Parteien;⁵⁹¹ subsidiär ist der objektiviert Parteiwille nach Vertrauensprinzip festzustellen.⁵⁹²

Als *Auslegungsmittel*⁵⁹³ werden verschiedene «erhebliche» Umstände⁵⁹⁴ ausdrücklich normiert, so Vertragsverhandlungen, die Umstände des Vertragsschlusses und das Verhalten der Parteien auch nach Vertragsschluss. Ausserdem sind die Gepflogenheiten zwischen den Parteien und Handelsbräuche zu berücksichtigen. Als *Auslegungsregeln*⁵⁹⁵ sind die Interpretationen in *favorem validitatis*⁵⁹⁶ und *contra proferentem (in dubio contra stipulatorem)*⁵⁹⁷ hervorzuheben.

c) Kaufmännisches Bestätigungsschreiben und AGB

Im kaufmännischen Verkehr binden abweichende, unverzüglich nach dem Vertragsschluss zugestellte *Bestätigungsschreiben* den Empfänger, wenn sie die bestehenden Vertragsbedingungen⁵⁹⁸ nicht wesentlich ändern und der Empfänger ihnen nicht unverzüglich widerspricht. In Abweichung von den PICC⁵⁹⁹ gilt dies indessen nur, wenn der Vertrag nicht in einem abschliessenden Schriftstück festgehalten war.⁶⁰⁰

Was die *AGB* betrifft, so verfügen die PECL über eine eigene Regelung, wie die PICC. Im Unterschied zu den PICC⁶⁰¹ ist ein qualifizierter Hinweis durch den Verwender auf die *AGB* Gültigkeitsvoraussetzung; ein blosser Hinweis im Vertragsdokument reicht nicht aus, auch wenn dieses von der anderen Partei unterschrieben wurde.⁶⁰² Ausserdem enthalten die PECL – wie die PICC.⁶⁰³ – eine Re-

588 Art. 2:102 PECL.

589 Art. 2:103 Abs. 1 PECL.

590 Kapitel 5 PECL.

591 Art. 5:101 Abs. 1 und 2 PECL; v. BAR/ZIMMERMANN, Teile 1 und 2, 342 f.

592 Art. 5:101 Abs. 3 PECL; v. BAR/ZIMMERMANN, Teile 1 und 2, 343 f.

593 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1205 ff.

594 5:102 PECL.

595 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1222 ff.

596 Art. 5:106 PECL.

597 Art. 5:103 PECL.

598 Die PECL setzen voraus, dass dem Bestätigungsschreiben ein gültig abgeschlossener Vertrag vorgegangen ist (KÖHLER 50 f.; vorne Fn. 499).

599 Vorne § 4C.V.1.c).

600 Art. 2:210 PECL.

601 Vorne § 4C.V.1.c).

602 Art. 2:104 Abs. 2 PECL.

603 Vorne § 4C.V.1.c).

gelung bei widersprechenden AGB im Sinne der Restgültigkeitstheorie.⁶⁰⁴ Im Gegensatz zu den PICC verzichten die PECL auf eine Regelung überraschender AGB, und zwar in Anbetracht der vorhandenen Schutzbestimmungen im Verbraucher-Gemeinschaftsrecht.⁶⁰⁵ Sie verfügen aber über eine ansatzweise Inhaltskontrolle, indem sie die Anfechtbarkeit von «unfair terms» statuieren.⁶⁰⁶

d) *Bestimmung nach dispositiver Regelung*

Geldschulden sind *Bringschulden*, die an der Niederlassung des Gläubigers zu erfüllen sind. Alle übrigen Schulden sind *Holschulden*, die an der Niederlassung des Schuldners erfüllt werden müssen. In Übereinstimmung mit den PECL⁶⁰⁷ gibt es keinen dispositivrechtlichen Erfüllungsort am Lageort der geschuldeten Sache. Bei mehreren Niederlassungen entscheidet die Nähe zum Vertrag,⁶⁰⁸ subsidiär ist am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Gläubigers zu leisten.⁶⁰⁹ Letzterer Unterschied zu CISG und PICC erklärt sich dadurch, dass der Anwendungsbereich der PECL nicht auf den kaufmännischen Verkehr beschränkt ist.

Art. 7:101 PECL verwendet als Anknüpfung den Begriff der Niederlassung (*place of business*). Er wird definiert als «Ort, von dem aus eine Partei auf Dauer ihre täglichen Geschäfte abwickelt ...»⁶¹⁰ Der Begriff kann sich an autonomen, gemeinschaftsrechtlichen Vorbildern orientieren, die mit dem Begriff der Niederlassung als Anknüpfung arbeiten.⁶¹¹

Im Unterschied zu den PICC sind die Erfüllungsorte unbeweglich ausgestaltet; massgeblich für deren Festlegung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses.⁶¹² Dieses Konzept weist den Vorteil der Voraussehbarkeit auf.⁶¹³

604 Art. 2.209 PECL; vorne § 3B.III.2.g)i) § 3C.II.2.d); § 4B.II.3.c).

605 Vgl. GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, NJW 2000, 20; FURRER, Gestaltungsspielräume, 522 f.

606 Art. 4.110 PECL.

607 Vorne § 4C.V.2.

608 Art. 7:101 Abs. 2 PECL.

609 Art. 7:101 Abs. 3 PECL.

610 VON BAR/ZIMMERMANN, Teile I und II, 398 f.; LANDO/BEALE 330.

611 Z.B. Art. 5 Nr. 5 EuGVO. Aber auch die staatsvertragliche Begrifflichkeit des CISG ist zu beachten, zumal sie den Ausdruck im selben Zusammenhang verwendet (Art. 31 lit. c CISG; Art. 57 Abs. 1 lit. a CISG).

612 Diese Regelung läuft *prima vista* auch in zeitlicher Hinsicht parallel zu Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR (vorne § 3B.IV); zur Bestimmung des Erfüllungsorts etwa bei Sekundärverpflichtungen (z.B. Schadenersatz bei verschuldeter nachträglicher objektiver Unmöglichkeit der Erfüllung, Art. 97 OR) ergibt sich aber insofern ein Unterschied, als nach OR auf den Zeitpunkt der Entstehung der Sekundärverpflichtung abgestellt werden könnte («... zur Zeit ihrer Entstehung ...»), während nach Wortlaut der PICC auch bei einer Sekundärverpflichtung nach wie vor der Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgeblich bliebe.

613 Auch erübrigt sich eine Art. 6.1.6 Abs. 2 PICC und Art. 74 Abs. 3 OR entsprechende Normierung, was die Tragung der Mehrkosten durch nachträglichen Wechsel des Erfüllungsorts betrifft.

VI. Zwischenergebnis

Wie die PICC stützen die PECL ihre *Geltungsgrundlage* auf die Privatautonomie und können so als vorformulierte Vertragsregeln aufgrund einer materiellrechtlichen Rechtswahl Geltung beanspruchen. Deshalb sind auch deren Normierungen über die kaufmännischen Bestätigungsschreiben und die AGB de lege lata unbeachtlich, wobei diese Regelungen im Zusammenhang mit dem «optionalen Rechtsinstrument» oder dereinst als positives gemeinschaftsrechtliches Einheitsrecht operativ werden könnten. Wie bei den PICC können hingegen alle dispositiven Bestimmungen über den Erfüllungsort bereits in der heutigen Praxis wirksam werden. Diese Bestimmungen entsprechen inhaltlich weitgehend denjenigen der PICC.

E. Folgerungen zum internationalen Einheitsrecht

Mit ihrem bedeutenden geographischen Anwendungsbereich prägt die materiellrechtliche Erfüllungsortsregelung des CISG die Praxis zu LugÜ und EuGVÜ stark und trägt zur Vereinheitlichung der prozessualen Lösungen bei; dasselbe gilt für die Praxis zum rev. LugÜ/EuGVO. Die massive Kritik, die der mittelbaren Anwendung des CISG zur Bestimmung des Vertragsgerichtsstands erwachsen ist, ist nicht in diesem Kontext zu verstehen, sondern im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der *Zahlungsschuld als Bringschuld*.⁶¹⁴ Wie hinten zu zeigen sein wird, verliert diese Kritik unter dem rev. LugÜ/EuGVO einen grossen Teil ihrer Berechtigung, weil der Zahlungsort im Rahmen von Kauf- und Dienstleistungsverträgen ausgeschaltet ist.⁶¹⁵

Mangels entsprechender Regelungen übt das materielle sekundäre Gemeinschaftsrecht keinen Einfluss auf die Gerichtsstandsbestimmung aus. Vereinheitlichungstendenzen ergeben sich aber aus den Bestrebungen der EG-KOMMISSION und des EUROPÄISCHEN PARLAMENTS. Der «Gemeinsame Referenzrahmen» hat den Zweck, die vertragsrechtliche Gesetzgebung und die gerichtliche Auslegung derselben in den EU-Mitgliedstaaten harmonisierend zu beeinflussen; steht das optionale Rechtsinstrument als wählbares Recht im Sinne von Art. 3 des EVÜ bzw. der Verordnung «Rom I» zur Verfügung, so hat das Rechtsinstrument das Potential zu einer im Handel zwischen den Mitgliedsstaaten dominanten Rechtsmasse. Optionales Rechtsinstrument und «Gemeinsamer Referenzrahmen» weisen letztlich in die Richtung eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs. Diese starken Vereinheitlichungstendenzen werden auch in der schweizerischen Gesetzgebung Spuren hinterlassen.

614 Vgl. hinten § 12C.V.

615 Vgl. hinten § 12H.III.

Im Rahmen der genannten Instrumente liefern die PECL und die PICC Vorgaben, über welche sich der europäische Gesetzgeber nicht hinwegsetzen kann. Nach dem Gesagten ist zu erwarten, dass die europäische und internationale Rechtsvereinheitlichung in Zukunft noch verstärkt zur Harmonisierung der Lösungen beim Vertragsgerichtsstand beitragen werden.

§ 5 Zusammenfassende Würdigung

Aus dem gemeinsamen privatautonomen Ansatz, verbunden mit einem ökonomischen Bedürfnis zur entsprechenden Vertragsgestaltung, ergibt sich in den vorliegenden Rechtsordnungen eine Differenzierung zwischen vertraglichen *Tätigkeits-* und *Erfolgsverpflichtungen*, zwischen Bringschulden, Versendungsschulden und Holschulden und somit zwischen *Erfüllungsort* i.e.S. und *Erfolgort*.

Bei der Entstehung der Erfüllungsortvereinbarung bestehen im Kern keine Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen (Erfordernis eines Konsenses); immerhin sind im UNIDROIT und im EU-Modellrecht vergleichsweise liberalere Lösungen zu verzeichnen, was den Bereich des notwendigen Konsenses bei der Entstehung des Vertrags betrifft.

In der Praxis der Erfüllungsortvereinbarungen kann die Wirkung des unwidersprochenen kaufmännischen Bestätigungsschreibens bedeutsam sein; hier schert das CISG aus, indem es dem Bestätigungsschreiben jede konstitutive Wirkung abspricht; vorsichtiger als die übrigen Normierungen gibt sich auch das deutsche Recht, das dem Bestätigungsschreiben keine konstitutive Wirkung beimisst, sofern der Verfasser bewusst vom vorangegangenen Vertragsschluss oder den vorangegangenen Vertragsverhandlungen abgewichen ist.

Was den Erfüllungsort betrifft, so sind die im Ansatz vorhandenen Abweichungen im AGB-Recht der drei nationalen Rechtsordnungen beim Erfüllungsort in der Praxis ohne erhebliche Bedeutung. Was widersprechende AGB anbelangt, so steht durchwegs die Restgültigkeitstheorie im Vordergrund; dies gilt in Bezug auf die Erfüllungsortvereinbarung insbesondere auch beim CISG. Kommen die PECL aufgrund einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl zum Zug (etwa im Kleid eines zukünftigen optionalen Rechtsinstruments), so ergeben sich gegenüber den übrigen Regelungen gewisse Unterschiede: Nach PECL ist zum Einbezug der AGB auch ausserhalb des Konsumentenrechts ein Hinweis des Verwenders erforderlich, der bestimmten Mindestanforderungen zu genügen hat. Umgekehrt verzichten die PECL im kaufmännischen Bereich auf jegliche Inhaltskontrolle.

Bei der Auslegung der Erfüllungsortvereinbarung bestehen keine grundsätzlichen Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen; insbesondere kommt im Rahmen der Auslegung nach den «Umständen» Verkehrssitte und Handelsbräuche gleichermaßen zum Zug. Auf dieser Grundlage ist im schweizerischen wie im deutschen Recht die Tendenz zu beobachten, die Erfüllungsorte der gegenseitigen Parteiverpflichtungen innerhalb eines Vertrags zu konzentrieren. Was die Vertragsergänzung bei fehlender Vereinbarung des Erfüllungsorts betrifft, so wird diese nach dispositivem Recht vorgenommen; eine Abweichung davon ist im deutschen Recht insofern festzustellen, als dass es eine vertragsergänzende Bestimmung des Erfüllungsorts nach den «Umständen» – und nicht nach dem dispo-

sitiven Gesetzesrecht – vornimmt, selbst wenn die Umstände nicht von einer Vereinbarung der Parteien getragen sind.

Während im dispositiven Recht bei der Geldverpflichtung Unterschiede auszumachen sind, gibt es bei der vertragscharakteristischen Verpflichtung keine ausgeprägten inhaltlichen Differenzen.⁶¹⁶ Unabhängig vom – unterschiedlichen – Wortlaut der Rechtsnormen gilt in der Praxis der drei nationalen Rechtsordnungen sowie des CISG neben dem Wohnsitz des Schuldners auch der Lageort des Vertragsgegenstands als Erfüllungsort.⁶¹⁷ Wird der Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung ausgeschaltet, so trägt dieser Umstand dazu bei, dass eine Heranziehung der *lex causae* zur Bestimmung des Vertragsgerichtsstands viel von ihrem Schrecken verliert.⁶¹⁸ Das gilt umso mehr für den Ort des Erfüllungserfolgs (Erfüllungsort i.w.S.), bei dessen Bestimmung keine Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen auszumachen sind.

Vorliegend von Bedeutung ist die Tatsache, dass die standardisierten Lieferklauseln (insbesondere INCOTERMS) unterschiedliche Interpretationen erfahren. Daher rühren Unsicherheiten im Zusammenhang mit der traditionellen Bestimmung des Erfüllungsorts i.e.S., die aber mit einem teilautonomen Verständnis des Erfüllungsorts überbrückt werden können.⁶¹⁹

Das materielle Einheitsrecht prägt mit dem CISG bereits heute die zivilprozessuale Rechtsprechung zu den Gerichtsstandsinstrumenten massgeblich mit. Im Rechtsraum der EU sind starke Vereinheitlichungstendenzen zu verzeichnen; insbesondere die PECL haben das Potenzial, etwa im Gewand des «optionalen Rechtsinstruments» praktische Bedeutung als «anwendbares Recht» zu erhalten.⁶²⁰ Wenn auch die Unterschiede bei den Nicht-Geldverpflichtungen in den nationalen Rechten bereits gering sind, so ist vor diesem Hintergrund zu erwarten, dass die europäische und die internationale Rechtsvereinheitlichung in Zukunft noch vermehrt zur Harmonisierung des Vertragsgerichtsstands beitragen werden.

616 Ebenso RAUSCHER 183. Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden vgl. hinten § 12J.IV.1.c)iii).

617 Vgl. RAUSCHER 183.

618 Vgl. hinten § 12J.IV.1.c)iii).

619 Hinten § 12I.VI.1.b).

620 Vorstehend § 4E.

Zweiter Teil:
Internationales Privatrecht

§ 6 Zur Funktion des IPR im vorliegenden Zusammenhang

Zur Bestimmung des Erfüllungsorts im internationalen Zusammenhang sind kollisionsrechtliche Überlegungen unabdingbar. Die nachstehenden Ausführungen sollen einen Überblick über das IPR geben, das im vorliegenden Kontext zum Tragen kommt. Eine wesentliche Rolle spielen dabei das international vereinheitlichte IPR und dessen Zukunftsperspektiven. Denn soweit die EuGH-Rechtsprechung *Tessili*⁶²¹ zur Anwendung kommt, führt das vereinheitlichte IPR zu einer einfacheren und harmonischeren Anwendung des Erfüllungsortsgerichtsstands.⁶²² Das vereinheitlichte IPR stellt insbesondere weitgehend sicher, dass positive oder negative gerichtliche Zuständigkeitskonflikte vermieden werden können, die bei uneinheitlichen materiellrechtlichen Lösungen, wie sie hauptsächlich beim Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung zu verzeichnen sind, drohen können.⁶²³ Denn mit dem vereinheitlichten IPR wird erreicht, dass durchwegs dieselbe materielle Rechtsordnung den Erfüllungsort bestimmt, unabhängig davon, in welchem Staat der Richter angerufen wird.

Die Tendenzen zur Schaffung europäischen und internationalen Einheitsrechts wurden erwähnt.⁶²⁴ Sie werden allerdings keine vollständige materielle Rechtsvereinheitlichung zur Folge haben. Auch die denkbare Maximalvariante eines gemeinschaftsrechtlichen Einheitsvertragsrechts liesse für IPR-Normen innerhalb der EU nach wie vor einen Anwendungsbereich offen, denn diese Normen kommen nach wie vor zum Zug, wenn der Vertrag eine engere Verbindung mit dem Recht eines Staates ausserhalb der EU aufweist. Zudem kann auch das gemeinschaftsrechtliche Einheitsvertragsrecht gewisse Lücken aufweisen, welche mit dem anwendbaren nationalen Recht zu füllen wären.⁶²⁵ Das IPR wird also im vorliegenden Rahmen auch in Zukunft eine gewisse Rolle spielen.

621 EuGH v. 6. 10. 1976 *Tessili*, Rs. 12/76; vgl. hinten § 12C.IV.2.

622 EuGH v. 28.9.1999 *Concorde*, Rs. C-440/97, N 30; BRIGGS 172; vgl. DONZALLAZ, N 4822; dazu hinten § 12C.IV.2. Einräumend JAYME 13, der eigentlich einer staatsvertragsautonomen Bestimmung des Erfüllungsortsgerichtsstands das Wort redet (14).

623 DONZALLAZ N 4816; vgl. GSELL 486; dazu hinten § 12J.IV.1.c)iii).

624 Vorne § 4C; § 4D.IV.

625 Vgl. Art. 1:106 PECL.

§ 7 Vertragsrechtliches IPR im Recht der EU

A. Römer Vertragsrechtsübereinkommen

I. Gegenstand und Rechtsnatur

Im Bereich des vertragsrechtlichen Kollisionsrechts steht das EVÜ im Vordergrund. Es ist am 1.4.1991 in Kraft getreten und gilt in den 15 alten Mitgliedstaaten der EU.⁶²⁶

Das EVÜ ist ein auf die Mitgliedstaaten der EU beschränktes, völkerrechtliches Übereinkommen; es wurde nicht gestützt auf den EGV abgeschlossen und ist kein gemeinschaftsrechtlicher Akt i.e.S.⁶²⁷ IPR-Bestimmungen des sekundären Gemeinschaftsrechts gehen dem Übereinkommen vor;⁶²⁸ in einer gemeinsamen Erklärung zum EVÜ äussert eine Reihe von alten EU-Mitgliedstaaten immerhin den Wunsch, dass die Organe der EG bei der Ausübung ihrer Gesetzgebungskompetenzen Kollisionsnormen annehmen, «... die soweit wie möglich mit denen des Übereinkommens in Einklang stehen».⁶²⁹ Vorrang kommt auch internationalen Übereinkommen wie dem CISG zu.⁶³⁰ Nationales Recht wird vom völkerrechtlichen Übereinkommen hingegen verdrängt.⁶³¹

Eine Kompetenz zur einheitlichen Auslegung durch den EuGH ist in zwei seit 1.8.2004 in Kraft stehenden Protokollen zum EVÜ vorgesehen.⁶³² Zudem findet sich in einer gemeinsamen Erklärung ein System des Informationsaustausches, das die einheitliche Auslegung in den Mitgliedstaaten fördern soll und dem Protokoll Nr. 2 LugÜ vergleichbar ausgestaltet ist.⁶³³

Ziel des Übereinkommens ist die Vereinheitlichung der IPR-Normen für vertragliche Schuldverhältnisse. Die Erreichung dieses Ziels wird gleich in mehrfacher Weise beeinträchtigt. Wie erwähnt, gilt das Übereinkommen heute lediglich in den alten Mitgliedstaaten der EU. Zudem sind die Vorbehaltsmöglichkeiten zu erwähnen, die von einigen Mitgliedstaaten ausgeschöpft worden sind.⁶³⁴ Ein von zwei EU-Mitgliedstaaten⁶³⁵ erklärter Vorbehalt beschränkt den sachlichen An-

626 SIEHR, Weg zu einem Europäischen Internationales Privatrecht, 90; eine Ratifikation durch die neuen Mitgliedstaaten ist geplant; MARTINY, Impulse, 61.

627 GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, 159; das EVÜ stützte sich insbesondere auch nicht auf Art. 220 (heute: Art. 293) EGV; KESSEDIAN 411; GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, 159; LEIBLE, Einführung, 4 f.

628 Art. 20 EVÜ; GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, 162 f.

629 Vgl. dazu die ähnliche Erklärung der EG-Unterzeichnerstaaten zu Prot. Nr. 3 LugÜ.

630 Art. 21 EVÜ; GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, 162; vgl. BAJONS 34.

631 GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, 163.

632 MARTINY, Impulse, 60, 92 ff.; GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, 160 f.

633 Vgl. dazu hinten § 12B.II.

634 FURRER, Zivilrecht, 107 ff.

635 Italien und Vereinigtes Königreich.

wendungsbereich des Übereinkommens, indem er die Folgen der Nichtigkeit eines Vertrags davon ausnimmt.⁶³⁶ Sodann können die Mitgliedstaaten die Anwendung ausländischen zwingenden Rechts im Rahmen des Art. 7 Abs. 1 EVÜ ausschliessen.⁶³⁷ Dieser Vorbehalt hat allerdings für den vorliegenden Bereich des Erfüllungsorts keine Bedeutung, weil sich im Bereich des Erfüllungsorts kaum international zwingende *lois d'application immédiate*⁶³⁸ von Drittstaaten finden werden.⁶³⁹ Schliesslich wirkt sich die Vielfalt der Rechtsquellen und Rechtsebenen des Gemeinschaftsrechts⁶⁴⁰ auch auf dem Gebiet des IPR «dekodifizierend» aus: Der erwähnte Vorrang der im Sekundärrecht enthaltenen IPR-Normierungen⁶⁴¹ stellt die Praxis vor komplexe Situationen.⁶⁴²

II. Anwendungsbereich

Bei den IPR-Regeln handelt es sich um eine *erga omnes* geltende *loi uniforme*, die das anwendbare Recht auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten regelt.⁶⁴³ Das Übereinkommen ist anwendbar, sofern der Sachverhalt eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweist.⁶⁴⁴ Als eine solche Verbindung gilt auch die blossе Rechtswahl betreffend eines Vertrags, der darüber hinaus nur Verbindungen zu ein und demselben Staat aufweist.⁶⁴⁵

Sachlich gilt das Übereinkommen im Vertrags(privat)recht; die Ausnahmen aus dem Anwendungsbereich sind Fragen des Personenstandes, des Erb- und Familienrechts, des Wechsel- und Checkrechts, des Rechts der Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen und des Gesellschaftsrechts sowie Fragen der Stellvertretung, des Trusts und des Beweisrechts sowie der Direktversicherung von in der Gemeinschaft gelegenen Risiken.⁶⁴⁶

636 Art. 22 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 10 Abs. 1 lit. e EVÜ.

637 Art. 22 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 7 Abs. 1 EVÜ. Im schweizerischen IPRG (Art. 19) ist die Anwendung zwingenden Drittstaatenrechts unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehen.

638 Vorne Fn. 452.

639 Vgl. vorne § 3B.III.2.a).

640 Dazu vorne § 4D.III.

641 Art. 20 EVÜ; dazu auch nachstehend § 7B; § 7C.I.

642 WILDERSPIN 429 ff., 434; PFEIFFER 28 ff.; vgl. MARTINY, Impulse, 63.

643 Art. 2 EVÜ; GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, 159 f.

644 Art. 1 Abs. 1 EVÜ; GIULIANO/LAGARDE, Art. 1 N 1; GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, 163 f.

645 Art. 3 Abs. 3 EVÜ; die Rechtswahl erfolgt aber diesfalls vorbehaltlich der einfach zwingenden Bestimmungen dieses Staats (GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, 163 f.) und kommt damit im Ergebnis allein einer «materiellrechtlichen Rechtswahl» gleich; vgl. vorne § 4C.II.

646 Art. 1 Abs. 2 EVÜ.

III. Zum Inhalt

Tragende Säule des Übereinkommens ist der Grundsatz der *Rechtswahlfreiheit*, der in Art. 3 EVÜ verankert ist.⁶⁴⁷ Die Rechtswahl kann ausdrücklich oder auch bloss konkludent erfolgen.⁶⁴⁸ Die Rechtswahlfreiheit findet eine Grenze an der Berücksichtigung des international zwingenden⁶⁴⁹ Rechts des Forumstaats⁶⁵⁰ oder eines sachverhaltsnahen Drittstaats⁶⁵¹. Weitere bedeutsame Grenzen sind das zwingend anwendbare Umweltrecht des Konsumenten, sofern der Anbieter in dessen Staat eine qualifizierte Angebots- oder Vertragsschlusstätigkeit ausübt,⁶⁵² sowie das zwingend anwendbare Recht des gewöhnlichen Arbeitsorts.⁶⁵³

Mangels Rechtswahl folgt das EVÜ dem Grundsatz der engsten Verbindung des Vertrags mit dem Recht eines Staates.⁶⁵⁴ Art. 4 EVÜ Abs. 2 und 5 lauten wie folgt:

(2) Vorbehaltlich des Absatzes 5 wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder, wenn es sich um eine Gesellschaft, einen Verein oder eine juristische Person handelt, ihre Hauptverwaltung hat. Ist der Vertrag jedoch in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Partei geschlossen worden, so wird vermutet, dass er die engsten Verbindungen zu dem Staat aufweist, in dem sich deren Hauptniederlassung befindet oder in dem, wenn die Leistung nach dem Vertrag von einer anderen als der Hauptniederlassung zu erbringen ist, sich die andere Niederlassung befindet.

(5) Absatz 2 ist nicht anzuwenden, wenn sich die charakteristische Leistung nicht bestimmen lässt. Die Vermutungen nach den Absätzen 2, 3 und 4 gelten nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist.

Diese Bestimmungen werden im Hinblick auf die Revision des EVÜ⁶⁵⁵ kritisiert. Mangelnde Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit bei der Bestimmung des IPR werden moniert, weil es sich bei Art. 4 Abs. 2 EVÜ lediglich um eine widerlegbare Vermutung zu Gunsten des engsten Zusammenhangs handelt, die zu leicht umgestossen werden könne (Abs. 5).⁶⁵⁶ Auch wird die ausdrückliche Möglichkeit

647 GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, 164.

648 Art. 3 Abs. 2 EVÜ; GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, 165 f.

649 *Loi d'application immédiate*; dazu vorne Fn 452.

650 Art. 7 Abs. 2 EVÜ; dazu gehören auch materielle rechtliche Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechts, die den Charakter einer *loi d'application immédiate* haben (EuGH v. 9.11.2000 Ingmar, Rs. C381/98; dazu WILDERSPIN 430).

651 Art. 7 Abs. 1 EVÜ.

652 Art. 5 Abs. 2 EVÜ.

653 Art. 6 EVÜ.

654 Art. 4 Abs. 1 und 5 EVÜ.

655 Hinten § 7C.

656 EG-KOMMISSION, Grünbuch v. 14.1.2003 über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung, KOM (2002) 654 endg., 30 f.

der internationalprivatrechtlichen Spaltung des Vertrages nach Art. 4 Abs. 2 EVÜ kritisiert.⁶⁵⁷

B. IPR im sekundären Gemeinschaftsrecht

Gestützt auf ihre sektoriellen Kompetenzen (hauptsächlich im Verbraucher- und Versicherungsbereich) hat die Europäische Gemeinschaft eine Reihe von Richtlinien erlassen, die neben materiellen Regelungen auch Bestimmungen des vertragsrechtlichen IPR enthalten. Es handelt sich um die folgenden Richtlinien:⁶⁵⁸

- Richtlinie über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern (93/7/EWG vom 15.3.1993)
- Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EWG vom 5.4.1993)
- Timesharing-Richtlinie (94/47/EG vom 26.10.1994)
- Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (96/71/EG vom 16.12.1996)
- Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (97/7/EG vom 20.5.1997)
- Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (99/44/EG vom 25.5.1999)
- Zweite Schadensversicherungsrichtlinie (88/357/EWG vom 22.6.1988) in der durch die Richtlinien 92/49/EWG und 2002/13/EG ergänzten und geänderten Fassung
- Zweite Lebensversicherungsrichtlinie (90/619/EWG vom 8.11.1990) in der durch die Richtlinien 92/96/EWG und 2002/12/EG ergänzten und geänderten Fassung.

Die IPR-Bestimmungen der erwähnten Richtlinien und deren Umsetzung gehen dem EVÜ vor, wenn sie mit ihm kollidieren.⁶⁵⁹ Ausser der Kulturgüterrichtlinie⁶⁶⁰ beziehen sich die vorliegenden Richtlinien auf die hier nicht dargestellten Verbraucher-, Arbeitnehmer- und Versicherungsbereiche.⁶⁶¹ Die Definition der Ver-

657 TAKAHASHI 542.

658 Vgl. FURRER, Zivilrecht, 326; SIEHR, Weg zu einem Europäischen Privatrecht, 93; WILDERSPIN 429 ff.; EG-KOMMISSION, Grünbuch v. 14.1.2003 über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung, KOM (2002) 654 endg. 20f. Fn. 29 und Anhang 2.

659 Art. 20 EVÜ; GRÜNDMANN, Schuldvertragsrecht, 162; FURRER, Zivilrecht, 230 f.

660 Art. 12 der Richtlinie ist Kollisionssachenrecht, nicht Vertragsrecht; vgl. FURRER, Zivilrecht, 340 f.

661 Was die Time-Sharing-Richtlinie betrifft, so tendiert die Rechtsprechung nach der Entscheidung des EuGH v. 13.10.2005 Klein, Rs. C-73/04 ebenfalls in die Richtung des Verbraucherrechts,

brauchersachen in Art. 5 EVÜ deckt sich mit denjenigen der LugÜ/EuGVÜ⁶⁶² (wenngleich die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen zwischen EVÜ und LugÜ/EuGVÜ leicht differieren). Damit spielt das gemeinschaftsrechtliche IPR grundsätzlich nicht in den vorliegend interessierenden Bereich.

C. Zur Revision des Römer Vertragsrechtsübereinkommens (Verordnung «Rom I»)

I. Kodifikation vertragsrechtlicher Kollisionsnormen?

Das Römer Vertragsrechtsübereinkommen wurde revidiert und wird durch eine EG-Verordnung⁶⁶³ ersetzt,⁶⁶⁴ die ab Dezember 2009 gelten wird (Art. 24, Art. 29). Weniger die inhaltlich nicht tiefgehende Reform⁶⁶⁵ als die «Umkleidung» in eine Verordnung wäre geeigneter Ansatz, um einige der praktischen Schwierigkeiten zu beseitigen, die auf die Vielfalt der Rechtsquellen im IPR der Gemeinschaft⁶⁶⁶ zurückgehen.⁶⁶⁷

nachdem sie eine Anwendung des Art. 16 Nr. 1 lit. a EuGVÜ abgelehnt hat (vgl. MARKUS, Hauptpunkte, 213).

662 Art. 13 Abs. 1 LugÜ/EuGVÜ; Art. 15 Abs. 1 rev. LugÜ/EuGVO; GIULIANO/LAGARDE, ART. 5 N 2; Rechtsprechung in: MARKUS, Konsumentenzuständigkeiten, 184 f.; zur Problematik des «dual-use»: EuGH v. 20. 1. 2005 Gruber, Rs. C-464/01.

663 Die Zuständigkeit der Gemeinschaft zum Erlass einer Verordnung stützt sich auf Art. 65 i.V.m. Art. 61 lit. c EGV; MARTINY, Impulse, 62; JAYME/KOHLER 539; LEIBLE, Vorschlag, 79; LEIBLE, Einführung, 11; WILDERSPIN 436 (mit der kritischen Bemerkung, dass eine *loi universelle* über das zum Funktionieren des gemeinschaftlichen Binnenmarktes Nötige hinausgeht).

664 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I); EG-KOMMISSION, Vorschlag v. 15. 12. 2005 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), KOM (2005) endgültig. Das europäische Kollisionsrecht befindet sich im Übrigen in einem Vereinheitlichungsprozess, ist aber von einer Gesamtkodifikation noch weit entfernt (JAYME/KOHLER Europäisches Kollisionsrecht 2006, 540 f.). Hierbei sei auf die Verordnung «Rom II» betreffend das ausservertragliche Schuldrecht verwiesen; betreffend weitere Projekte im familienrechtlichen Bereich: JAYME/KOHLER, Europäisches Kollisionsrecht 2006, 539 ff.

665 Zum Hintergrund EG-KOMMISSION, Grünbuch v. 14. 1. 2003 über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinsinstrument sowie über seine Aktualisierung, KOM (2002) 654 endg. 19 f. Es handelt sich um keine tiefgreifende Reformierung (LEIBLE, Vorschlag, 78; LEIBLE, Einführung, 11), die auch blosse Klarstellungen und Aktualisierungen enthält (EG-KOMMISSION, Vorschlag v. 15. 12. 2005 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), KOM (2005) endg., 3, 5 f.).

666 WILDERSPIN 434; MARTINY, Impulse, 63.

667 Als Beispiel für die praktischen Schwierigkeiten, die aus einer gewissen Konzeptlosigkeit des europäischen Kollisionsrechts resultieren, seien die Auseinandersetzungen um Art. 3 der EG-Richt-

Die Geltung in den Mitgliedstaaten wäre unabhängig von einer Ratifikation durch dieselben gewährleistet,⁶⁶⁸ und zwar – anders als beim EVÜ – ohne Vorbehaltsmöglichkeiten zu Gunsten einzelner Mitgliedstaaten.⁶⁶⁹ Weiter ist die Form der Verordnung hinsichtlich des Vereinheitlichungseffekts derjenigen der Richtlinie vorzuziehen: Der Vorrang des Ordnungsrechts vor dem nationalen IPR ist ein unbedingter, solange die entsprechenden Verordnungsnormen genügend klar und unabhängig von nationalen Konkretisierungsvoraussetzungen ausgestaltet sind,⁶⁷⁰ was beim Richtlinienrecht in dieser absoluten Form nicht zutrifft.⁶⁷¹ Zudem vermeidet die Form der Verordnung die Gefahr der unterschiedlichen Umsetzung in den EU-Mitgliedstaaten.⁶⁷² Die Koordination der Auslegung in den Mitgliedstaaten durch den EuGH ist unabhängig von einem staatsvertraglichen Auslegungsprotokoll gewährleistet.⁶⁷³

Praktische Schwierigkeiten könnten vor allem beseitigt werden, wenn mit der Verordnung eine eigentliche Konsolidierung des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstands vertragsrechtlicher Kollisionsnormen verbunden würde.⁶⁷⁴ Leider verzichtet die Verordnung darauf, denn sie sieht in Art. 23 vor, dass Rechtsakte der EG vorbehalten sind, die in besonderen Bereichen Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse enthalten.⁶⁷⁵ Wie vorstehend ausgeführt,⁶⁷⁶ kann immerhin festgestellt werden, dass das sekundäre Gemeinschafts-IPR im vorliegend interessierenden vertragsrechtlichen Bereich ausserhalb des Konsumenten-, Arbeits- und Versicherungsrechts keine Bedeutung erlangt hat. Damit spielen besondere Kollisionsnormen ausserhalb der zukünftigen Verordnung vorliegend keine Rolle.

Schliesslich soll, wie bereits im EVÜ, das Verhältnis zu den bestehenden staatsvertraglichen IPR-Instrumenten geklärt werden. Die sekundärrechtliche Regelung hat grundsätzlich den völkerrechtlichen Verträgen zu weichen, soweit eine

linie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr und dessen Verhältnis zur IPR-Verbraucherregelung (Art. 5 EVÜ) erwähnt (KOHLER, Verständigungsschwierigkeiten, 449 f.).

668 Mit Ausnahme Dänemarks (LEIBLE, Vorschlag, 79), für welches Land gemäss den Art. 1 und 2 des dem Vertrag über die Europäische Union und dem EGV beigefügten Protokolls über die Position Dänemarks das Gemeinschaftsrecht u.a. im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen nicht verbindlich ist. Das Vereinigte Königreich und Irland haben gemäss Protokoll zum Vertrag über die Europäische Union und zum EGV u.a. im Bereich der der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen die Möglichkeit eines *opting out*.

669 JAYME/KOHLER 539.

670 FURRER, Zivilrecht, 28, 48 ff.; grundlegend EuGH v. 9.3.1978 Simmenthal I, Rs. 106/77.

671 FURRER, Zivilrecht, 28.

672 PFEIFFER 32.

673 Art. 68 EGV.

674 EG-KOMMISSION, Grünbuch v. 14. 1. 2003 über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung, KOM (2002) 654 endg., 22.

675 Vgl. dazu LEIBLE, Vorschlag, 78 f.

676 Vorne § 7B.

völkerrechtliche Verpflichtung gegenüber Drittstaaten in Frage steht.⁶⁷⁷ Das CISG, aber auch das HKÜ, welches sowohl zwischen den EU-Mitgliedstaaten Dänemark, Finnland, Frankreich, Italien und Schweden, aber auch mit Drittstaaten wie der Schweiz in Kraft steht, beanspruchen demnach im EU-externen Verhältnis Vorrang vor dem sekundären Gemeinschaftsrecht,⁶⁷⁸ das Gemeinschaftsrecht geht den Drittstaatenübereinkommen lediglich im internen Verhältnis vor.⁶⁷⁹ Während der Vorschlag der EG-KOMMISSION noch die Gefahr lief, diesen Grundsatz einzuschränken,⁶⁸⁰ scheint die definitive Fassung den Vorrang der Drittstaatenübereinkommen vollumfänglich zu respektieren.⁶⁸¹

II. Zum Inhalt der Revision

Bei der Revision steht eine Verstärkung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes im Vordergrund.⁶⁸² Aber auch das vorliegend relevante Vertragsrecht ausserhalb dieses Bereichs wird materiell von der Revision betroffen:

Was die Rechtswahl betrifft, so sah der Vorschlag der Kommission noch ausdrücklich vor, dass den Parteien die Freiheit zukommen soll, neben staatlich gesetztem Recht auch «auf internationaler oder Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln des materiellen Vertragsrechts» zu wählen⁶⁸³ – ein Passus, der bedauerlicherweise im definitiven Text gestrichen wurde. Die Türe zu einer kollisionsrechtlichen Verweisung durch die Parteien wird damit aber nicht vollständig zugeschlagen. Denn Rezital 14 der VO erwähnt, dass das geplante optionale Rechtsinstrument eine solche vorsehen kann.

677 STREINZ, N 596. Die EG-Kommission geht im Grünbuch davon aus, dass bestehende Mitgliedschaften bei internationalen Übereinkommen zu kündigen wären, um Konflikte mit dem Verordnungsrecht zu vermeiden (EG-KOMMISSION, Grünbuch v. 14. 1. 2003 über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung, KOM (2002) 654 endg., 24). Vgl. Art. 20 EVÜ und 57 Abs. 3 EuGVÜ; FURRER, Zivilrecht, 230.

678 FURRER, Zivilrecht, 230; STREINZ, N 596.

679 STREINZ, N 596.

680 Art. 23 Ziff. 2 des Vorschlags der EG-KOMMISSION (Fn. 462); Vorrang der Verordnung soll beim HKÜ und beim Haager Übereinkommen vom 14. März über das auf Vertreterverträge und die Stellvertretung anzuwendende Recht gelten, wenn alle «relevanten Sachverhaltelemente» in EU-Mitgliedstaaten liegen.

681 Art. 25 Abs. 1; Art. 25 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) *e contrario*.

682 EG-KOMMISSION, Vorschlag v. 15. 12. 2005 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I); KOM (2005) 659 endg. 6 f.

683 Art. 3 Abs. 2 des Vorschlags der EG-KOMMISSION v. 15. 12. 2005 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), KOM (2005) endg.; dazu vorne § 4C.III.

Beim objektiv anwendbaren Recht wird der kritisierte Mangel an Rechtssicherheit beseitigt⁶⁸⁴, indem grundsätzlich das Recht am Sitz der Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt, gilt. Der Vermutungsmechanismus des Art. 4 EVÜ wird verlassen;⁶⁸⁵ eine Korrektur des anwendbaren Recht bleibt indessen möglich, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist (Art. 4 Abs. 3 VO).

684 Vgl. vorne § 7A.III.

685 MARTINY, Vertragsanknüpfung, 116; MAX PLANCK INSTITUT 243 f.; damit wurde berechtigter Kritik am starren Schematismus des Kommissionsvorschlags Rechnung getragen (LEIBLE, Vorschlag, 81; MAX PLANCK INSTITUT 256 ff.; vgl. GRUNDMANN, Schuldvertragsrecht, 171).

§ 8 Vertragsrechtliches IPR im schweizerischen Recht

Die Bestimmungen des IPRG über das internationale Vertragsrecht sind weitgehend vom EVÜ beeinflusst.⁶⁸⁶ Im Vordergrund steht die ausdrückliche oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder den Umständen ergebende Rechtswahl der Parteien.⁶⁸⁷ Diese Rechtswahl findet ihre Grenze an der Berücksichtigung des international zwingenden⁶⁸⁸ Rechts des Forumstaats⁶⁸⁹ oder eines sachverhaltsnahen Drittstaats⁶⁹⁰. In Ermangelung einer solchen wird das Recht des Staates berufen, das den engsten Zusammenhang mit dem Vertrag aufweist.⁶⁹¹ Dieser engste Zusammenhang wird mit dem Staat vermutet, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Niederlassung hat.⁶⁹² Art. 116 Abs. 3 IPRG gibt schliesslich in exemplarischer Art und Weise⁶⁹³ an, welche Leistungen bei verschiedenen Vertragstypen als charakteristische Leistungen zu beurteilen sind.

Für den Kauf beweglicher körperlicher Sachen verweist Art. 118 IPRG auf das HKÜ, das zwischen der Schweiz, und einer Reihe von EU-Staaten sowie Niger gilt. Als IPR-Instrument konfligiert es im Ergebnis nicht mit dem CISG, welches das materielle Recht regelt.⁶⁹⁴ Das HKÜ ist *erga omnes* geltende *loi uniforme*; gilt also auch, wenn es auf das Recht eines Nichtvertragsstaats verweist.⁶⁹⁵ Wie IPRG und EVÜ stellt das HKÜ die Vereinbarung des anwendbaren Rechts durch die Parteien in den Vordergrund.⁶⁹⁶ In Ermangelung einer gültigen Vereinbarung kommt das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts oder der handelnden Niederlassung des Verkäufers zum Zeitpunkt der Bestellung zur Anwendung.⁶⁹⁷ Hat der Verkäufer die Bestellung im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Käufers entgegengenommen, so gilt hingegen das Recht dieses Staates.⁶⁹⁸ Bei den genannten

686 SCHNYDER 201.

687 Art. 116 Abs. 1 und 2 IPRG.

688 *Loi d'application immédiate*; dazu vorne Fn. 439, 452.

689 Art. 18 IPRG.

690 Art. 19 IPRG; *loi d'application immédiate*. Zum internationalen Anwendungswillen und der Sachverhaltsnähe ist als zusätzliche Voraussetzung das nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und überwiegende Interesse einer Partei zu prüfen (MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 19 N 12..).

691 Art. 117 Abs. 1 IPRG.

692 Art. 117 Abs. 2 IPRG; das BGer hat übrigens die Anknüpfung an die charakteristische Leistung bereits lange vor Inkrafttreten des IPRG eingeführt (BGE 78 II 74).

693 KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 117 N 70.

694 KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 118 N 24 f.; vgl. AMSTUTZ/VOGT/WANG, 2. Aufl., Art. 118 N 4.

695 KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 118 N 3.

696 Art. 2 HKÜ.

697 Art. 3 Abs. 1 HÜK.

698 Art. 3 Abs. 2 HÜK.

Anknüpfungen handelt es sich um starre Anknüpfungen, und nicht um blosser Vermutungen zu Gunsten des engsten Zusammenhangs wie in den Art. 4 EVÜ und Art. 117 IPRG.⁶⁹⁹

⁶⁹⁹ AMSTUTZ/VOGT/WANG, 2. Aufl., Art. 118 N 10.

§ 9 Ergebnis zum Internationalen Privatrecht

Wie einleitend erwähnt, ist der Grad der internationalen Vereinheitlichung des IPR zur einfacheren und harmonischeren Anwendung des Erfüllungsortsgerichtsstands ausschlaggebend.⁷⁰⁰ Im vorliegenden Bereich ausserhalb des Konsumenten-, Arbeits- und Versicherungsvertragsrechts bietet hierfür bereits das bestehende EVÜ eine gute Grundlage, die mit der neulichen Begründung einer Auslegungskompetenz des EuGH noch verstärkt wird. Die Verordnung Rom I wird innerhalb der EU hauptsächlich insofern eine Verbesserung mit sich bringen, als sich die Verordnung auf nahezu alle EU-Mitgliedstaaten⁷⁰¹ erstrecken wird und Vorbehalte zur Verordnung nicht zugelassen sind.

Was die Koordination des gemeinschaftsrechtlichen mit dem schweizerischen IPR betrifft, so stimmen die Lösungen des EVÜ und des IPRG immerhin in den meisten Punkten überein. Inhaltlich kann ein relativ feiner Unterschied bei der ausdrücklichen Möglichkeit zur Vertragsspaltung nach Art. 4 Abs. 1 EVÜ gesehen werden, die nach IPRG nur zurückhaltender zuzulassen wäre⁷⁰² und die in der Verordnung Rom I verlassen wird. Kaum grössere Unterschiede ergeben sich hiermit zur Verordnung «Rom I»; obwohl diese vom Vermutungsmechanismus zu Gunsten des engsten Zusammenhangs absieht, bietet sie eine dem IPRG vergleichbare Flexibilität.⁷⁰³ Erheblichster Unterschied ist vorliegend das Fehlen eines gemeinsamen Auslegungsmechanismus zwischen dem schweizerischen und dem Gemeinschaftsrecht, wie er im Rahmen des LugÜ und des rev. LugÜ vorgesehen ist.⁷⁰⁴

700 Vorne § 6.

701 Mit Ausnahme Dänemarks sowie ggf. des Vereinigten Königreichs und Irlands; siehe vorne Fn. 668.

702 Vgl. KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 117 N 58.

703 Im Allgemeinen nicht unerheblich ist die Abweichung des IPRG bei der Anwendung der *lois d'application immédiate* (vorne Fn. 439, 452) von Drittstaaten, da dieses die überwiegenden schützenswerten Interessen einer Partei als Kriterium miteinbezieht. Im vorliegenden Zusammenhang spielen indessen bereits einfach zwingendes Recht und damit auch die *loi d'application immédiate* hingegen kaum eine Rolle (vgl. vorne § 3B.III.2.a).

704 Hinten § 12B.II.

Dritter Teil:
Verfahrensrecht

§ 10 Internationale Vertragsgerichtsstände in nationalen Rechten

A. Einleitende Bemerkungen

Der Behandlung des Vertragsgerichtsstands nach rev. LugÜ/EuGVO und dem Haager Gerichtsstandsprojekt wird eine kurze Darstellung dreier Lösungen und Tendenzen in nationalen Rechten vorangestellt. So kann vergleichend festgestellt werden, ob und inwieweit die nationalen Rechtsordnungen dem materiellen Recht bei der Bestimmung des Erfüllungsorts einen Raum zugestehen.

Dies ist umso wichtiger, als die Revision des rev. LugÜ/EuGVO von den nationalen Gesetzgebungen – v.a. der französischen – beeinflusst worden ist, und umgekehrt die nationalen Revisionsbestrebungen (IPRG) deutlich im Licht des rev. LugÜ/EuGVO zu sehen sind. Gleichzeitig werden aber auch die unterschiedlichen Anforderungen sichtbar, die sich an einen Vertragsgerichtsstand im unilateralen gegenüber dem multilateralen, europäischen Kontext stellen.

B. Internationaler Vertragsgerichtsstand im schweizerischen Recht (zur Revision)

I. Zu Art. 113 IPRG

Die nachstehenden Ausführungen zu Art. 113 IPRG sind bereits aus Raumgründen bloss summarisch; zum geltenden Recht sei auf die umfangreiche Literatur und die Kommentierungen⁷⁰⁵ verwiesen. Der Schwerpunkt wird bei der bevorstehenden Revision dieses Gerichtsstands gesetzt, denn sie steht im Zeichen des rev. LugÜ/EuGVO und versucht, die bestehenden Probleme z.T. auf ähnliche, z.T. auf eigenständige Art zu lösen. Die Frage der Bestimmung des Erfüllungsorts *lege fori* oder *lege causae* stellt sich im Übrigen beim bestehenden wie beim revidierten Gerichtsstand.

Im internationalen Verhältnis sieht der geltende Art. 113 IPRG einen Gerichtsstand am Ort des Vertragserfüllungsorts vor. Art. 113 IPRG regelt sowohl die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte, wie auch deren örtliche, d.h. interkantonale und innerkantonale Zuständigkeit.⁷⁰⁶ Er ist nicht als Wahlgerichtsstand des Klägers ausgestaltet, sondern steht nur subsidiär zur Verfügung,

705 KELLER/KREN KOSTCIEWICZ und AMSTUTZ/VOGT/WANG, 2. Aufl., beide zu Art. 113,

706 PATOCCHI/GEISINGER, Art. 113 N 2.

und zwar wenn der Beklagte in der Schweiz weder Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung besitzt.⁷⁰⁷

Die Auslegung des Art. 113 IPRG orientiert sich weitgehend an Art. 5 Ziff. 1 LugÜ.⁷⁰⁸

Was den *sachlichen Anwendungsbereich* betrifft, so ist dieser wie beim LugÜ breit gefasst: Der Gerichtsstand steht insbesondere auch in Verfahren zur Verfügung, bei denen der Bestand des Vertrages umstritten ist.⁷⁰⁹

Die *Bestimmung des Erfüllungsorts* wird – wie beim LugÜ⁷¹⁰ – auf der Ebene der einzelnen Verpflichtung vorgenommen, und nicht auf der Ebene des Vertrags: Die jeweilige der Klage zugrundeliegende Verpflichtung ist zur Bestimmung massgeblich;⁷¹¹ es erfolgt keine Konzentration auf den Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Leistung, wie sie das rev. LugÜ/EuGVO z.T. vornehmen.⁷¹² Deshalb kann auch der problematische Erfüllungsort der Geldleistung zur Begründung des Gerichtsstands dienen.⁷¹³

Nach über 15 Jahren Geltung des IPRG ist im Übrigen die Frage immer noch umstritten, ob der Erfüllungsort nach der *lex causae* oder der *lex fori* zu bestimmen sei.⁷¹⁴

II. Hintergrund der Revision des Art. 113 IPRG

Die vorstehend erwähnte Subsidiarität des Gerichtsstands steht im Zusammenhang mit Art. 59 aBV, der eine verfassungsrechtliche Garantie des Wohnsitzgerichtsstands des Beklagten im nationalen wie im internationalen⁷¹⁵ Zusammenhang statuierte.⁷¹⁶ Obwohl dem Prinzip *actor sequitur forum rei* auch heute noch grundlegende Bedeutung zukommt, hat die Verfassungsgarantie in absoluter Form ihre Bedeutung bereits seit langer Zeit verloren;⁷¹⁷ die geltende BV relativiert nun diese Gerichtsstandsgarantie ausdrücklich, indem sie sie unter den Vorbehalt des anderslautenden Gesetzes stellt.⁷¹⁸ Auch das GestG normiert den Wohnsitz des

707 Vgl. hinten § 10B.III.2.

708 Vgl. BGE 126 III 334 E 3.b.

709 BGE 126 III 334 E 3.b.

710 Hinten § 12C.IV.1.

711 BRANDENBERG BRANDL 271 f.; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 113 N 16; AMSTUTZ/VOGT/WANG, 2. Aufl., Art. 113 N 7 f.; ausschliesslich auf Hauptpflichten stellen ab: DUTOIT, Droit international privé, Art. 113 N 1; BRANDENBERG BRANDL 272.

712 Dazu hinten § 12H.III.

713 Dazu vorne § 3B.IV.2; § 4E; hinten § 12C.III; § 12C.IV.2.

714 Dazu sogleich hinten § 10B.III.4.

715 STAEHELIN 268 ff.

716 Zum geschichtlichen Hintergrund der Gestimmung: STAEHELIN 257 ff.

717 STAEHELIN 265 ff.; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 28.

718 Art. 30 Abs. 2 BV.

Beklagten aus systematischer Sicht nur mehr als subsidiäres *forum*,⁷¹⁹ ein Gleiches tut der Entwurf zur schweizerischen ZPO vom 8. 6. 2006.⁷²⁰

Die Gerichtsstände des GestG und des Entwurfs einer ZPO⁷²¹ wurden durch die EuGVO und die Revision des LugÜ motiviert. Das gab dem Bundesrat Anlass, auch eine entsprechende Anpassung des bestehenden Art. 113 IPRG im Rahmen der Vorlage zur ZPO vorzuschlagen.⁷²² Nachdem die Verhandlungen zum rev. LugÜ im März 2007 abgeschlossen werden konnten, wird die Anpassung des IPRG im Rahmen der Vorlage zur LugÜ-Revision vorgenommen, welche die Vorlage ZPO zeitlich überholen dürfte. Diese Vorlage war Gegenstand eines Vernehmlassungsverfahrens des Bundesrats.⁷²³

III. Art. 113 E-IPRG

1. Text

Art. 113 des Vernehmlassungsentwurfs IPRG lautet wie folgt:

2. Erfüllungsort

Ist die für den Vertrag charakteristische Leistung in der Schweiz zu erbringen, so ist das Gericht am Ort, an dem diese Leistung zu erbringen ist, zuständig.

2. Alternativer Gerichtsstand

Der – inhaltlich mit Art. 112 Abs. 1 lit. c E-IPRG identische – Vernehmlassungsentwurf unterscheidet sich in mehrfacher Hinsicht vom bestehenden Art. 113 IPRG. Einmal wird die *Subsidiarität* des Gerichtsstands gegenüber dem schweizerischen Wohnsitzgerichtsstand aufgehoben. Denn mit dem Wegfall des schweizerischen Anerkennungsvorbehalts zu Art. 5 Ziff. 1 LugÜ am 31. 12. 1999 waren die «Überreste» des Art. 59 aBV bereits zuvor auf staatsvertraglicher Ebene besei-

719 BERGER, vor Art. 3 N 7; Art. 3 N 6 f.

720 Art. 9 E-ZPO; BBl 2006 7613. Im Unterschied zum GestG sieht er einen Gerichtsstand des Erfüllungsorts vor: (Art. 30; Grundsatz) «Für Klagen aus Vertrag ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort zuständig, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist.» Vgl. Botschaft des SCHWEIZERISCHEN BUNDESRATS vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff., Ziff. 5.2.2 ad Art. 30.

721 Vgl. Botschaft des SCHWEIZERISCHEN BUNDESRATS vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff., Ziff. 1.3.

722 Art. 112 Abs. 1 lit. c E-IPRG:

1 Für Klagen aus Vertrag sind zuständig die schweizerischen Gerichte:

a. am Wohnsitz des Beklagten;

b. wenn ein solcher fehlt: am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Beklagten;

c. am Ort, an dem die charakteristische Leistung des Vertrags zu erbringen ist.

723 http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/lugano_uebereinkommen.html

tigt worden.⁷²⁴ Nachdem Art. 30 E ZPO im Binnenverhältnis erlaubt, den Beklagten ausserhalb seines schweizerischen Wohnsitzes am schweizerischen Erfüllungsort zu verklagen, soll der IPRG-Vertragsgerichtsstand nunmehr dasselbe ermöglichen, wenn der Kläger im Ausland wohnt.

Beispiel: Der Beklagte hat Wohnsitz in Zürich, Vertragserfüllungsort ist Genf. Der französische Kläger muss nach dem bisherigen Art. 113 IPRG am Wohnsitz in Zürich klagen; nach Art. 113 Vernehmlassungsentwurf IPRG kann er die Klage wahlweise in Zürich oder in Genf eingereichen.

3. *Konzentration des Gerichtsstands*

Der zweite Unterschied besteht darin, dass der Gerichtsstand ausdrücklich am Ort der charakteristischen Leistung konzentriert wird. Diese Konzentration findet nach Lehre und Rechtsprechung beim heutigen Art. 113 IPRG nicht statt. Vielmehr wird analog der EuGH-Rechtsprechung De Bloos⁷²⁵ darauf abgestellt, dass die jeweils der Klage zugrunde liegende Verpflichtung zur Bestimmung des Erfüllungsorts massgeblich ist.⁷²⁶

Im Unterschied zu Art. 5 Ziff. 1 rev. LugÜ/EuGVÜ⁷²⁷ erstreckt sich aber die Konzentration des Gerichtsstands über die Warenkauf- und Dienstleistungsverträge hinaus auf alle Verträge. Damit entfallen die Abgrenzungsprobleme, wie sie etwa Art. 5 Ziff. 1 lit. c EuGVO bietet.⁷²⁸

4. *Bestimmung des Erfüllungsorts lege causae oder lege fori?*

Bei der Bestimmung des Erfüllungsorts nach Art. 113 IPRG ist kontrovers, ob auf die *lex causae* oder die *lex fori* abgestellt werden soll.⁷²⁹ Der Wortlaut des Vernehmlassungsentwurfs weist in dieser Hinsicht nicht auf eine Änderung gegenüber Art. 113 IPRG hin. Die nachfolgenden Argumente gelten mithin sowohl für Art. 113 IPRG wie auch für den revidierten Vertragsgerichtsstand.

724 Dies sogar in rückwirkender Weise durch das Bundesgericht: BGE 126 III 540; BGE 5P.81/2001; dazu MARKUS, Vorbehalt, 57 ff.

725 EuGH v. 6. 10. 1976 De Bloos, Rs. 14/76; dazu hinten § 12H.

726 BRANDENBERG BRANDL 271 f.; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 113 N 16.

727 Dazu hinten § 12G; § 12H.III.

728 Hinten § 12K. Ausserhalb des Bereichs der Warenkauf- und Dienstleistungsprobleme mögen allenfalls vermehrt Fragen bei der Bestimmung der charakteristischen Leistung auftreten, v.a. im Zusammenhang mit komplexen Verträgen und Innominatverträgen (vgl. hinten § 12H.III.2) was aber durch den Wegfall der erwähnten Abgrenzungsprobleme mehr als entschädigt wird.

729 Für *lex causae*: DUTOIT, Droit international privé, Art. 113 N 2; ACOCCELLA 96; BRANDENBERG BRANDL 272 f.; SIEHR, IPR, 249; ARTER/JÖRG/GNOS 280; AMSTUTZ/VOGT/WANG, 2. Aufl., Art. 113 N 13; SPÜHLER/MEYER 44; vgl. MEIER, IZPR, 126; unklar LEHNER 67 ff.; für *lex fori*: BROGGINI, Zuständigkeit, 121; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 113 N 9 ff. (m.w.H.); PATOCCHI/GEISINGER, Art. 113 3; WALTER, IZPR, 156 (noch anders 3. Aufl., 150 f.); SCHWANDER, Objektive Anknüpfung 98, 121; SCHWANDER, BT, N 681; GEHRI 30. Zur Bestimmung *lege causae* nach EuGVÜ/LugÜ hinten § 12C.IV.2.

Zu Gunsten der Anwendung der *lex fori* wird angeführt, im autonomen (unilateralen) Gerichtsstandsrecht seien durchwegs die Anknüpfungs-Wertungen des Gesetzgebers des Forumstaats heranzuziehen. Den erforderlichen Binnenbezug zur schweizerischen Entscheidungszuständigkeit könne der schweizerische Gesetzgeber selber am besten bestimmen. Indem auf die *lex fori* abgestellt werde, behalte der Gesetzgeber des Forums die Lösung der Frage fest in der Hand.⁷³⁰

Ausserdem werden Bedenken der methodischen Korrektheit geäussert: Das Gericht habe andernfalls das anwendbare Recht zu bestimmen, bevor es weiss, ob es überhaupt zuständig sei; darin sei einen Zirkelschluss zu erblicken.⁷³¹

Schliesslich wird argumentiert, dass das Vorgehen *lege fori* für die Gerichte den geringeren Aufwand bedeutet.⁷³²

Die *lex fori*-Lösung hat gegenüber der *lex causae*-Methode unbestreitbar Vorteile, was die Voraussehbarkeit und die Einfachheit der Bestimmung betrifft. Einen *Zirkelschluss* stellt sie hingegen nicht dar. Die Besonderheit ist allein darin zu erblicken, dass sich das Gericht auf die Stufe der materiellen Rechtsanwendung begeben muss, um die prozessuale Frage der Zuständigkeit zu beantworten. Der Weg zur Anknüpfung für die prozessuale Zuständigkeit führt über eine andere, vorgeschaltete Anknüpfung, nämlich über diejenige des anwendbaren Rechts.⁷³³ Lediglich durch diesen zweistufigen Anknüpfungsprozess unterscheidet sich das Vorgehen von der Bestimmung anderer Gerichtsstände, z.B. derjenigen der unerlaubten Handlung.⁷³⁴ Ein eigentlicher *Zirkelschluss*, in welchem ein unbekanntes Tatbestandselement als bekannt vorausgesetzt wird,⁷³⁵ ist darin aber nicht zu erblicken. Einzuräumen ist einzig, dass mit der Methode ein erhöhter

730 SCHWANDER, Internationales Vertragsschuldrecht, 98; LEHNER 22, 67, 71; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 113 N 9; vgl. AMSTUTZ/VOGT/WANG, 2. Aufl., Art. 113 N 13.

731 KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 113 N 10; LEHNER 68.

732 SCHWANDER, Internationales Vertragsschuldrecht, 98; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 113 N 10; LEHNER 67; Dass das BGer die korrekte Anwendung des ausländischen Rechts im vorliegenden Bereich nicht überprüfen kann, ist im Übrigen eine «hausgemachte» Vorgabe, die insofern nicht gegen die *lex-causae*-Lösung angeführt werden sollte; Art. 96 BGG; BGE 126 III 492 E 3a.

733 Vgl. das Prüfungsschema bei SCHNYDER/LIATOWITSCH, N 1072; LEHNER 67.

734 KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 113 N 10; zur autonomen Definition des Erfolgsorts GIRSBERGER, Erfolgsort, 225 ff.

735 Dass der Richter zur Bestimmung seiner Zuständigkeit Rechtsfragen klären muss, ist eine Selbstverständlichkeit, seien dies rein verfahrensrechtliche oder auch kollisions- und materiellrechtliche. Näher am eigentlichen *Zirkelschluss* liegt etwa die Anknüpfung für das für eine kollisionsrechtliche Rechtswahl anwendbare Recht, bei der heute überwiegend angenommen wird, die Gültigkeit der Rechtswahl bestimme sich nach dem gewählten Recht. Hierbei stellt sich vordergründig in der Tat die Frage, wie ein noch nicht gültig gewähltes Recht über die Wahl der gewählten Rechtsordnung bestimmen kann. Aber auch dieser «*Zirkelschluss*» kann mit dem Konzept antizipierender ungeschriebener Anknüpfungen ohne Weiteres gelöst werden (dazu SIEHR, Par-teiautonomie, 493).

Aufwand in der Situation verbunden ist, in welcher die Zuständigkeit zurückgewiesen werden muss.

In einem gewissen Grad trägt die deutsche und schweizerische Lehre von den doppelrelevanten Tatsachen der Problematik Rechnung.⁷³⁶ Sind Tatsachenbehauptungen sowohl zur Beurteilung der Zuständigkeit wie zur materiellen Beurteilung der Klage relevant, so wird im Zuständigkeitsstadium auf die bestrittenen Behauptungen des Klägers abgestellt, und die Überprüfung der Zuständigkeit erst im Stadium der materiellen Prüfung der Klage (und gemeinsam mit dieser) vorgenommen. Damit führt die Abweisung der Klage, gekoppelt mit der Zurückweisung der Zuständigkeit, zu einer materiell rechtskräftigen Entscheidung.⁷³⁷ In diesem Vorgehen ist aber nicht in allen Fällen eine Verbesserung der Prozessökonomie zu erblicken. Bei stark zweifelhaften Zuständigkeitsgrundlagen kann es vielmehr in deren Interesse liegen, dass der Nichteintretensentscheid in einem möglichst frühen Stadium des Verfahrens gefällt wird, weil der Aufwand für den Nichteintretensentscheid andernfalls zu gross wäre.⁷³⁸

Mit Sicherheit trifft es zu, dass der Gesetzgeber im unilateralen Bereich frei ist, den Gerichtsstand ohne Anlehnung an das ausländische Recht zu bestimmen. In der Betrachtungsweise der Befürworter der *lex fori*-Lösung wird die im materiellen Recht des Forums vorgesehene Lösung kraft landesrechtlicher Verweisung inhaltlich zum Verfahrensrecht – es findet damit eine eigentliche *Entkoppelung* des Gerichtsstands *vom materiellen Recht* statt.⁷³⁹ Dies geschieht im Unterschied zur Methode *lege causae*, wo die Wertungen dem jeweiligen anwendbaren, z.T. ausländischen Recht überlassen werden.

Der vordergründige Nachteil, die Gerichtsstandslösungen «aus der Hand zu geben», ist m.E. gleichzeitig ein entscheidender Vorteil zu Gunsten der *lex causae*-Methode. Internationale Gerichtsstandsregeln sollen nach einer Harmonie der Lösungen im internationalen Zusammenhang streben. Die Bezugnahme auf ausländisches Recht wirkt vorliegend zu Gunsten eines internationalen Gleichklangs. Eine – nur staatsvertraglich erreichbare – inhaltliche Übereinstimmung zwischen den nationalen Rechtsordnungen in der Definition des Erfüllungsorts ist nämlich nicht nötig, solange diese allein im IZPR und im IPR über vergleichbare kollisionsrechtliche Ansätze verfügen. Allein mit der – vergleichsweise minimalen – Koordination des Verweisungsrechts wird erreicht, dass ein und derselbe Vertrag in den betreffenden Rechtsordnungen zuständigkeitsmässig gleich behandelt wird.⁷⁴⁰

736 BGE 133 III 295, E 6.2; BGE 122 III 249; vgl. dazu RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 108 ff.; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 22; kritisch MANKOWSKI, doppelrelevante Tatsachen, 454 ff.

737 RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 109 f.

738 SCHWANDER, Besprechung, 122 f.

739 Vgl. AMSTUTZ/VOGT/WANG, 2. Aufl., Art. 113 N 13; gegen die *lex fori* aus dem Gesichtspunkt der «Einheit der Rechtsordnung»: NAGEL/GOTTWALD 176.

740 KROPHOLLER JAN, Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Aufl. Heidelberg 1998, Art. 5 N 19.

§ 29 Abs. 1 ZPO/D z.B. knüpft am Erfüllungsort an und bestimmt diesen nach überwiegender Lehre und Praxis ebenfalls *lege causae*⁷⁴¹; das in Deutschland umgesetzte EVÜ vermutet übereinstimmend mit dem schweizerischen IPR, dass das Recht anwendbar ist, das im Staat des Sitzes der Partei gilt, welche die vertragscharakteristische Leistung erbringt.⁷⁴²

Damit geht der Vorwurf an die Methode *lege fori*, dass sie nicht einmal den Versuch unternimmt, eine Koordination der Lösungen zu bewirken.

Ferner für die Praxis erleichternd ist der Einklang mit den multilateralen Instrumenten LugÜ und rev. LugÜ/EuGVO, denn damit wird eine Harmonie der Lösungen über die Grenze des geographischen Anwendungsbereichs dieser Instrumente hinaus gewährleistet.⁷⁴³

Diese und weitere Argumente zu Gunsten der *lex causae* geben m.E. den Ausschlag. Insbesondere spricht für die hier befürwortete Methode auch eine deutlich grössere *Sach- und Beweisnähe* des Gerichtsstands.⁷⁴⁴ Zwar vermag das Einhergehen von materiellrechtlichem Erfüllungsort und Vertragsgerichtsstand die *Sach- und Beweisnähe* nicht durchwegs zu garantieren.⁷⁴⁵ Die *lex fori*-Methode begründet hingegen *a priori* eine von der materiellrechtlichen Lage verschiedene Annahme.⁷⁴⁶ Das Auseinanderfallen von Vertragsgerichtsstand und materiellrechtlich begründetem Erfüllungsort ist damit Programm.

Das Bundesgericht hat die Frage bisher ausdrücklich nicht entschieden⁷⁴⁷, tendiert aber m.E. eher zur Anwendung der *lex causae*. So zieht es zur Bestimmung des Gerichtsstands ohne zu zögern das CISG heran, und nicht Art. 74 OR.⁷⁴⁸ Das CISG kommt zwar in den Fällen von Art. 1 lit. a ohne Zwischenschaltung des Kollisionsrechts unmittelbar und anstelle des nationalen Rechts zur Anwendung (autonome Anwendungsalternative),⁷⁴⁹ insofern ist das CISG «*lex fori*».

Das CISG ist aber kein verfahrensrechtliches Instrument und ist somit auf die Gerichtsstandsfrage nur durch Vermittlung des Verfahrensrechts anwendbar.⁷⁵⁰ Die *lex fori*-Methode beruht – wie vorstehend erwähnt – auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers für eine bestimmte, inhaltliche Regelung, die vom anwendbaren materiellen Recht ohne Weiteres abweichen kann. Damit hätte sich

741 Siehe hinten § 10C.

742 Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 EVÜ; Art. 117 IPRG.

743 BGE 126 III 334, E 3.b.; LEHNER 29.

744 Vgl. BRANDENBERG BRANDL 272 f.

745 Vgl. hinten § 12J.IV.1.c)iv).

746 BRANDENBERG BRANDL 272; AMSTUTZ/VOGT/WANG, 2. Aufl., Art. 113 N 13; NAGEL/GOTTWALD 176; vgl. hinten § 12J.IV.1.c)iv).

747 JAMETTI GREINER, Rechtsprechung, 56; SCHNYDER/LIATOWITSCH, N 1077; AMSTUTZ/VOGT/WANG, 2. Aufl., Art. 113 N 13; BGE 129 III 738 E 3.4 lässt die Frage ausdrücklich offen. BGE 130 III 462 E 4.1 wendet ohne weitere Begründung schweizerisches Recht an, zu welchem die Anwendung von Art. 117 IPRG *in casu* denn auch führt.

748 BGE v. 11.7.2000 4C.100/2000, E 3.; Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG; vgl. vorne § 10B.III.4.

749 Vorne § 4B.I.

750 BGE v. 11.7.2000 4C.100/2000, E 3., m.w.H.

vorliegend die Frage gestellt, ob Art. 74 OR oder das CISG zur Anwendung kommen. Zu dieser Frage hat sich das BGer indessen mit keinem Wort geäußert. Obwohl daraus keine zwingenden Folgerungen gezogen werden können, spricht doch die Selbstverständlichkeit, mit der das BGer das CISG anwendet, für eine Tendenz in der vorliegend vertretenen Richtung.

5. *Anknüpfung am Erfüllungsort i.e.S. oder am «Lieferort»?*

Es stellt sich schliesslich die Frage, ob die hinten hergeleitete, teilautonome Anknüpfung am «Lieferort» beim IPRG ebenfalls Platz greifen kann.⁷⁵¹ Nach diesem Konzept ist bei einer Versandungsschuld⁷⁵² nicht der Erfüllungsort i.e.S. massgeblich, sondern der *Lieferort* (Bestimmungsort) des Vertragsgegenstands. Das Konzept erleichtert die Bestimmung des Gerichtsstands erheblich, weil die rechtlich anspruchsvolle Differenzierung zwischen Bring- und Versandungsschuld entfällt.⁷⁵³

Was den Wortlaut betrifft, so erwähnt lediglich die Marginale vom «Erfüllungsort» – als Hinweis auf die allgemeine Kategorie des Erfüllungsortsgerichtsstands; der operative Text der Bestimmung spricht demgegenüber allein vom Erbringungsort der Leistung. Dies eröffnet vergleichbare Möglichkeiten für eine teilautonome Interpretation des Erfüllungsorts als «Lieferort» wie der Wortlaut von Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO. Zwar findet sich – anders als bei Art. 5 Ziff 1 rev. LugÜ/EuGVO – der Begriff «Lieferung» beim Warenkaufvertrag nicht ausdrücklich im Normtext. Das IPRG hat sich aber notwendig an einen allgemeineren vertraglichen Begriff der «Erbringung» zu halten, weil es die Regelung im Unterschied zu Art. 5 Ziff. 1 lit. b. rev. LugÜ/EuGVO nicht auf lediglich zwei Vertragsarten begrenzt. In Anbetracht seines Wortlauts ist Art. 113 des Vernehmlassungsentwurfs IPRG mithin für die hinten entwickelten teleologischen Argumente zu Gunsten des Lieferortskonzepts ohne Weiteres offen.

6. *Zwischenergebnis*

Mit Art. 113 des Vernehmlassungsentwurfs IPRG wird ein Gerichtsstand bereitgestellt, der sich den Vorteil der Zuständigkeitskonzentration des Art. 5 Ziff. 1 rev. LugÜ/EuGVO aneignet, und gleichzeitig die Abgrenzungsprobleme des europäischen Modells, welche durch die Differenzierung zwischen Warenkaufs- und Dienstleistungsverträgen einerseits und den übrigen Verträgen andererseits zu beklagen sind, vermeidet.

751 Hinten § 12I.VI.

752 Dazu vorne § 3B.I.2.

753 Vgl. hinten § 13B.

C. Internationaler Vertragsgerichtsstand im deutschen Recht

Nach deutschem Recht kommt dem Erfüllungsort sowohl im internationalen wie im internen Zusammenhang Bedeutung zu. Sowohl das Binnengerichtsstandsrecht wie das internationale Gerichtsstandsrecht sind im – insofern doppelfunktionalen⁷⁵⁴ – § 29 Abs. 1 ZPO/D geregelt.

Der alternative Gerichtsstand gilt sowohl für Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis wie auch für Streitigkeiten über den Bestand desselben.⁷⁵⁵ Zuständig ist das Gericht des Ortes, an welchem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Die herrschende Meinung legt § 29 ZPO/D dahingehend aus, dass der Erfüllungsort für die konkret streitige Verpflichtung nach dem vom deutschen IPR verwiesenen Recht (*lex causae*) zu bestimmen sei.⁷⁵⁶ Es erfolgt also keine Konzentration auf den Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Leistung.⁷⁵⁷ Diese mit Art. 5 Ziff. 1 LugÜ/EuGVÜ⁷⁵⁸ identische Auslegung erstaunt insofern nicht, als die deutsche Regelung der europäischen Modell gestanden hat.⁷⁵⁹

Die Bestimmung des Gerichtsstands folgt damit denselben Regeln, die von den EuGH-Rechtsprechungen De Bloos und Tessili für das EuGVÜ entwickelt worden sind.⁷⁶⁰

Eine Einschränkung gilt in Bezug auf den vereinbarten Erfüllungsort: Obwohl nach materiellem deutschem Recht durchaus beachtlich,⁷⁶¹ ist dessen Berücksichtigung im Zivilprozessrecht ausserhalb eines qualifiziert kaufmännischen Bereichs ausgeschlossen.⁷⁶² Im Fall einer «unzulässigen» Vereinbarung greift stattdessen der dispositive Erfüllungsort.⁷⁶³ Damit nimmt der deutsche Gesetzgeber in Kauf, dass Vertragswirklichkeit und Gerichtsstand weit auseinanderklaffen können,⁷⁶⁴ zumal sich die Abwicklung des Vertrags i.d.R. am materiellechtlich vereinbarten Erfüllungsort orientiert.⁷⁶⁵ Somit werden Defizite bei der Sach- und Beweisnähe in Kauf genommen, ohne dass damit ein konsequenter Schutz einer Partei bezweckt würde. Denn gestützt auf das dispositive materielle Recht Deutschlands ist die Klage des Käufers auf Sach- oder Gewährleistung am Sitz

754 SCHACK, Erfüllungsort, N 221.

755 Worlaut des § 29 Abs. 1 ZPO.

756 SCHACK, Erfüllungsort, N 223; NAGEL/GOTTWALD 176 f.

757 BGH v. 11.11.2003, Rs. X ARZ 91/03, FamRZ 2004, 95 ff. Kritisch zur insofern geschaffenen Differenz zu Art. 5 Ziff. 1 lit. b EuGVO: Anmerkung GOTTWALD, FamRZ 2004, 98.

758 Hinten § 12C.IV.1; § 12C.IV.2.

759 NEWTON 130.

760 Dazu hinten § 12C.IV.1; § 12C.IV.2; vgl. vorne § 10B.I; § 10B.III.4.

761 Vorne § 3C.II.2.

762 § 29 Abs. 2 ZPO/D; NAGEL/GOTTWALD 177.

763 SCHACK, Erfüllungsort, N 182; N 184.

764 Vgl. SCHACK, Erfüllungsort, N 182.

765 Sofern nicht eine abstrakte Erfüllungsortvereinbarung vorliegt; hinten § 12I.IV.3.b); vgl. SCHACK, Erfüllungsort, N 182.

der Verkäuferin anzuheben, während die Klage der Verkäuferin auf Kaufpreiszahlung am Ort des Käufers einzureichen ist.⁷⁶⁶

Wie dargestellt, ist im materiellen deutschen Recht die Grenzziehung zwischen konkludenter Parteivereinbarung und dem Abstellen auf die objektiven «Umstände» und die «Natur des Rechtsverhältnisses» nach § 269 Abs. 1 BGB nicht notwendigerweise scharf.⁷⁶⁷ Zufolge des «Verbots» von Erfüllungsortsvereinbarungen im Verfahrensrecht hat die Abgrenzung hingegen klar zu erfolgen. Die Konsequenz besteht darin, dass «Umstände» und «Natur des Rechtsverhältnisses» aufgrund § 269 Abs. 1 BGB auch im Verbotsbereich zur Bestimmung des Erfüllungsorts herangezogen werden, solange sie unabhängig von einer Parteivereinbarung gelten. Die «Umstände» – und damit v.a. auch Verkehrssitten und Handelsbräuche⁷⁶⁸ – finden so in einer Qualität als «dispositives Recht» zur Bestimmung des Vertragsgerichtsstands Berücksichtigung.⁷⁶⁹ Schliesslich ist zu erwähnen, dass diese Einschränkung des internen deutschen Zivilverfahrensrechts als solche nicht auf die Bestimmung des Vertragsgerichtsstands nach den europäischen Instrumenten durchschlägt.⁷⁷⁰

D. Internationaler Vertragsgerichtsstand im französischen Recht

Art. 46 nCPC/F ist – wie § 29 ZPO/D – doppelfunktional; er gilt sowohl im nationalen wie im internationalen Verhältnis.⁷⁷¹

Wie bei den vorne besprochenen internationalen Regelungen handelt es sich um einen *alternativen* Gerichtsstand, der dem Kläger nach seiner Wahl neben dem allgemeinen Beklagtengerichtsstand zur Verfügung steht.⁷⁷²

Die Anwendung des Gerichtsstands ist auf Kauf- und Dienstleistungsverträge beschränkt.⁷⁷³ Nach ständiger Rechtsprechung kann er nicht angerufen werden,

766 § 269 Abs. 1 BGB; § 270 BGB; vorne § 3C.II.3; hinten Fn. 1204. Dieses Ergebnis kann bei Vorliegen von «Umständen» modifiziert werden, die vom Parteiwillen unabhängig sind (SCHACK, Erfüllungsort, N 183; dazu und insbesondere zu den Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen objektiver und subjektiver Bestimmung vorne § 3C.II.2.b); § 3C.II.2.c), womit aber ebenfalls kein Schutzgedanke verbunden ist.

767 Vorne § 3C.II.2.b).

768 Vorne § 3C.II.2.b).

769 Vorne § 3C.II.2.b); vgl. WRANGEL 62 ff.

770 WRANGEL 39 ff.; vgl. hinten § 12J.IV.1.c)i).

771 SCHACK, Erfüllungsort, N 249, CADDIET, N 551 f.

772 DOUCHY-OUDOT, N 77 f.

773 Dazu DOUCHY-OUDOT, N 80; Darlehen werden nicht als Dienstleistung betrachtet, wohl aber ein Kontokorrent; LE BAYON, N 95; vgl. hinten § 12G.

wenn die Existenz des Vertrags Gegenstand des Streites ist.⁷⁷⁴ Im Unterschied zur Art. 5 Ziff. 1 LugÜ, Art. 113 IPRG und Art. 29 ZPO/D wird allein auf den Lieferort der *charakteristischen Verpflichtung* dieser Verträge abgestellt; ein Gerichtsstand am Erfüllungsort der Geldleistungspflicht ist nicht vorgesehen.⁷⁷⁵

Bei der Vertragsgestaltung ist die Bedeutung des Erfüllungsortsgerichtsstands stark eingeschränkt.⁷⁷⁶ Dies hängt damit zusammen, dass die Gerichtsstandsvereinbarung im französischen Verfahrensrecht restriktiv geregelt ist; dieselben Restriktionen schlagen auch auf gerichtsstandsrelevante Erfüllungsortsvereinbarungen (und die *élection de domicile*) durch.⁷⁷⁷

Beim Text des Art. 46 nCPC/F, erste Aufzählung fällt die Ähnlichkeit mit Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO auf:⁷⁷⁸

Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu ou demeure le défendeur: en matière contractuelle la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service ...

Entsprechend dem Wortlaut (*«lieu de livraison»*) kommt es auf denjenigen Ort an, an welchem der Kaufgegenstand dem Empfänger ausgehändigt wurde.⁷⁷⁹ Zur Bestimmung des Gerichtsstands wird somit nicht *a priori* auf den Erfüllungsort i.e.S. abgestellt, sondern auf den *Lieferort*, d.h. auf den Ort, an den die Sache durch den Verkäufer versandt wurde. Dies gilt insbesondere auch, wenn der Käufer ausnahmsweise die Gefahr für die versandte Ware tragen muss.⁷⁸⁰ Diese Auslegung wird von Sinn und Zweck des Vertragsgerichtsstands unterstützt, der in der Gewährleistung einer optimalen Sach- und Beweisnähe gesehen wird.⁷⁸¹

Der Wortlaut *«livraison effective»* des Art. 46 Abs. 2 nCPC/F könnte auf eine *«faktische»* Bestimmung⁷⁸² des Gerichtsstands hinweisen. Von einer älteren Lehre und Rechtsprechung wird denn auch vertreten, dass der Gerichtsstand nur gegeben sei, wenn eine Erfüllung tatsächlich stattgefunden habe.⁷⁸³ Die Cour de cassa-

774 Nouveau Code de procédure civile, 98 Aufl. Paris (Daloz) 2007, Art. 46 N 2; DOUCHY-OUDOT, N 79.

775 SCHACK, Erfüllungsort, N 247.

776 SCHACK, Erfüllungsort, N 247 f. Es sind deshalb nur sehr wenige Entscheidungen der Cour de cassation zu verzeichnen.

777 Art. 48 nCPC/F; SCHACK, Erfüllungsort, N 248.

778 CZERNICH, Erfüllungsortsgerichtsstand, 338.

779 HAGER/BENTELE 77; KROPHOLLER, Art. 5 N 27; vgl. MEZGER 347; DALLOZ, Nouveau Code de procédure civile, Paris 1999, Art. 46 N 9.

780 DOUCHY-OUDOT, N 82; LE BAYON, N 90; Code DALLOZ de procédure civile, Nouveau Code de procédure civile, livre premier, titre troisième, chapitre II, La compétence territoriale N 5.

781 LE BAYON, N 90; zur Beurteilung der Sach- und Beweisnähe des Lieferortskonzepts hinten § 12J. IV.2.b).

782 So SCHACK, Erfüllungsort, N 237; GOTTWALD, ZPO, Art. 5 EuGVO N 5; vgl. KROPHOLLER/VON HINDEN 401; dazu hinten § 12I.V.; insbesondere § 12I.V.3.d).

783 LE BAYON, N 92.

tion hat indessen ihre eigene Rechtsprechung dahingehend geändert, dass der Gerichtsstand auch bereits vor der Erfüllung gegeben sei.⁷⁸⁴ Diesfalls wird er notwendigerweise normativ bestimmt.⁷⁸⁵ Ob diese Bestimmung *lege fori* oder *lege causae* erfolgt wird, ist nicht geklärt. Bei der Vorgängernorm, Art. 420 des alten code de procédure civile, war die Frage umstritten.⁷⁸⁶

Wurde die Leistung an verschiedenen Orten erbracht, so werden dem Kläger Gerichtsstände an diesen verschiedenen Orten eröffnet, wobei die Entscheidbefugnis des vom Kläger gewählten Gerichts jeweils nicht auf die an seinem Ort erbrachte Leistung beschränkt ist.⁷⁸⁷

E. Ergebnis

Die drei untersuchten Vertragsgerichtsstände erweisen sich als verhältnismässig heterogen. Der sachliche Anwendungsbereich des Art. 46 nCPC/F ist enger gehalten als diejenigen des IPRG und der ZPO/D, indem er Streitigkeiten über die Gültigkeit des Vertrags ausschliesst und sich auf Kauf- und Dienstleistungsverträge beschränkt. Eine Konzentration auf den Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Leistung erfolgt bei E-IPRG und cCPC/F, im Gegensatz zum deutschen und zum bestehenden schweizerischen Recht. Zudem sind die einschneidenden Einschränkungen des deutschen und des französischen Rechts zu erwähnen, was die verfahrensrechtlichen Wirkungen einer Erfüllungsortsvereinbarung betrifft. Damit wird in Kauf genommen, dass Vertragswirklichkeit und Gerichtsstand auseinanderklaffen, mit den entsprechenden negativen Konsequenzen für Sach- und Beweisnähe des Gerichtsstands. Eine Tendenz weg vom Erfüllungsort i.e.S. hin zu einer Bestimmung über den «Lieferort» besteht beim E-IPRG und beim nCPC/F.

Bei der Ausgestaltung der autonomen internationalen Vertragsgerichtsstände fällt auf, dass eine Bezugnahme auf das *materielle Recht* in allen Lösungen vorgesehen ist.⁷⁸⁸ Im Unterschied zum hinten dargestellten multilateralen Rahmen wird dabei die *lex fori* als Bestimmungsgrundlage des Erfüllungsorts deutlich ins Spiel

784 Cour de cassation du 18.1.2001, 2ème Chambre civile, Bull. No 10, mit der Begründung, dass damit eine Angleichung an Art. 1 Ziff. 5 EuGVÜ angestrebt werde; vgl. Code DALLOZ de procédure civile, Nouveau Code de procédure civile, livre premier, titre troisième, chapitre II, La compétence territoriale, N 4.

785 Dazu hinten § 12I.V.3.c)iii).

786 SCHACK, Erfüllungsort, N 250.

787 Cour de cassation 9.10.1996, 2ème chambre civile; DOUCHY-LOUDOT, N 83; anders betr. Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ EuGH v. 7.3.1995 Shevill Rs. C-68/93 (vgl. dazu auch hinten § 12I.VI.2.a)).

788 Keine deutlichen Aussagen findet man dazu lediglich zum französischen Vertragsgerichtsstand, sofern die Erfüllung bereits stattgefunden hat.

gebracht. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Druck zu harmonischen Lösungen und einem internationalen Entscheidungseinklang aus unilateraler Sicht wesentlich geringer ausfällt als im Rahmen eines multilateralen Instruments,⁷⁸⁹ wenn auch diese Ziele aus unilateraler Sicht nicht weniger erstrebenswert scheinen.

789 Vgl. VALLONI 246 f.

§ 11 Vertragsgerichtsstand in den Entwürfen eines Haager Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens

A. Einleitende Bemerkungen

Dem Vertragsgerichtsstand nach rev. LugÜ/EuGVO wird eine kurze Darstellung der Haager Gerichtsstandsentwürfe vorangestellt. Im Rahmen dieser weltweiten Arbeiten ist das Verhältnis zum materiellen Recht einer sorgfältigen Prüfung unterzogen worden; die daraus fließenden Erkenntnisse können für die Auslegung des rev. LugÜ/EuGVO nicht unberücksichtigt bleiben. Auch wenn das Projekt von 2001 z.T. neue Wege geht, haben sich die Revisionsarbeiten sichtbar gegenseitig inspiriert.

B. Zum Hintergrund

Ausgangspunkt des Projekts eines weltweiten Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen war eine Initiative der USA, die von der Schweiz unterstützt wurde. Sie führte zur Bildung einer Arbeitsgruppe der Haager Konferenz im Jahr 1993.⁷⁹⁰ Ein Vorentwurf wurde 1999 von einer Spezialkommission der Haager Konferenz verabschiedet.⁷⁹¹ Hauptsächlich auf Bestreben der USA, die in den Abstimmungen der Spezialkommission häufig unterlegen war, wurde dieser Entwurf an weiteren Expertentreffen überarbeitet. Aus einer diplomatischen Konferenz im Jahr 2001 ging ein neuer Entwurf hervor, der zahlreiche Varianten aufweist.⁷⁹²

Der alles andere als homogene Entwurf von 2001 zeugt davon, dass die Positionen der Mitgliedstaaten der EU und der USA zum damaligen Zeitpunkt zu weit voneinander entfernt waren, um zu einer definitiven Einigung über das breit angelegte Projekt zu gelangen. Aus dieser Einsicht ist das stark redimensionierte Projekt eines Haager Übereinkommens über die Gerichtsstandsvereinbarung hervorgegangen, das im Sommer 2005 verabschiedet wurde.⁷⁹³ Das umfassende Gerichtsstandsprojekt bleibt dennoch auf der Traktandenliste der Haager Konferenz.

790 Zur Vorgeschichte und Hintergrund BAUMGARTNER 1 ff.; BUCHER, compétence, 77 ff.; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 198 f.; MARKUS, Zuständigkeitsrecht, 139.

791 Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters of 30 October 1999; www.hcch.net/upload/wop/jdgmpl11.pdf, enthaltend NYGH PETER/POCAR FAUSTO, Report of the Special Commission.

792 Summary of the Outcome of the Discussion on Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6–20 June 2001; www.hcch.net/upload/wop/jdgm2001draft_e.pdf. In den zahlreichen Fussnoten zu den Bestimmungen des Entwurfs sind Kommentare enthalten.

793 Haager Übereinkommen vom 30.6.2005 über die Gerichtsstandsvereinbarung: www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98; dazu BUCHER, élection de for, 29 ff.; SCHULZ 1 ff.

Ein umfassendes Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht im weltweiten Rahmen bleibt eine lohnende intellektuelle Herausforderung im Dienst des globalen Handels.

C. Zum Vertragsgerichtsstand im Vorentwurf 1999

Art. 6 des Vorentwurfs wurde vom damals vorliegenden Entwurf zu rev. LugÜ/EuGVO stark inspiriert;⁷⁹⁴ er wollte den mehrfachen Kritikpunkten zu Art. 5 Ziff. 1 LugÜ/EuGVÜ Rechnung tragen.⁷⁹⁵ Der Text lautet wie folgt:

A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in which –

- a) in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in part;
- b) in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part;
- c) in matters relating both to the supply of goods and the provision of services, performance of the principal obligation took place in whole or in part.

Der Gerichtsstand steht alleine bei Warenlieferungs- oder Dienstleistungsverträgen zur Verfügung; bei anderen Verträgen steht keine Vertragszuständigkeit bereit.⁷⁹⁶ Der Gerichtsstand des Zahlungsorts wurde eliminiert, eine Konzentration auf den Gerichtsstand der charakteristischen Leistung vorgesehen.⁷⁹⁷

Beispiel: Will der schweizerische Käufer von der französischen Verkäuferin Wandelung und Schadensersatz wegen Lieferung von mangelhafter Ware gerichtlich durchsetzen, so muss er am – französischen – Erfüllungsort der Ware klagen. Will die französische Verkäuferin den Kaufpreis einklagen, so kann sie die Klage am selben Erfüllungsort der Ware anbringen, nicht aber am Ort der Erfüllung der Zahlungsverpflichtung.⁷⁹⁸

Aus dem Wortlaut des Art. 6 des Vorentwurfs ist abzuleiten, dass im Falle einer (noch) nicht stattgefundenen Erfüllung überhaupt kein Vertragsgerichtsstand zur Verfügung steht. Der Text spricht lediglich von der Situation, in welcher die Waren bereits geliefert bzw. die Dienstleistungen bereits erbracht wurden. Hier besteht ein wesentlicher Unterschied zum rev. LugÜ/EuGVO und zum LugÜ und zur EuGVÜ, die zusätzlich den Sachverhalt abdecken, bei welchem die Waren hätten geliefert oder die Dienstleistungen hätten erbracht werden sollen, ohne dass dies im Zeitpunkt der Klageanhebung bereits geschehen wäre.

794 WALTER, Entwurf 1433. Zum Ablauf der Revision der Art. 5 Ziff. 1 rev. LugÜ/EuGVO hinten § 12C.II.

795 GRABAU/HENNECKA 570; vgl. hinten § 12.

796 BUCHER, compétence, 86; GIRSBERGER, Vertragsgerichtsstand, 90; NEWTON 118.

797 Zur Konzentration des Gerichtsstands bei rev. LugÜ/EuGVO: hinten § 12H.III.

798 Ist schweizerisches Recht anwendbar, so läge der gesetzliche Zahlungsort am Wohnsitz der Verkäuferin in Frankreich; nach französischem Recht läge er beim schweizerischen Käufer (vorne § 3B.IV.2; § 3D.II).

Teilweise Erfüllung löst hingegen den Gerichtsstand aus; erfolgen auch nur kleinste Teilerfüllungen in verschiedenen Staaten, so soll ein Wahlgerichtsstand des Klägers in diesen Staaten entstehen.⁷⁹⁹ Daraus resultiert das unerwünschte Ergebnis, dass der Gerichtsstand in einem bestimmten Rahmen vom Verkäufer gesteuert werden kann, indem dieser eine minime Teilerfüllung vornimmt – oder ebendies unterlässt.⁸⁰⁰

Die Verhandlungen standen im Zeichen der Suche nach einer *staatsvertragsautonomen*, vom materiellen Recht unabhängigen Bestimmung des Erfüllungsorts.⁸⁰¹ Eine Bestimmung aufgrund des Rechts, das nach dem IPR des Forums ermittelt wird, wurde wegen des weltweiten Kontexts des Haager Instruments nicht als angemessen empfunden; in diesem Kontext ist ein einheitliches IPR nicht vorhanden, und die Ermittlung des materiellen Rechts stößt auf erhöhte Schwierigkeiten.⁸⁰² In den Verhandlungen wurden auch *faktische* Erfüllungsortskonzepte⁸⁰³ erörtert. Keine dieser vom materiellen Recht unabhängigen Methoden gelangte aber zum Durchbruch, mangels greifbarer autonomer Konzepte zur Bestimmung des Erfüllungsorts.⁸⁰⁴

D. Vertragsgerichtsstand im Entwurf von 2001

I. Zu Hintergrund und Struktur des Entwurfs

Während der Vorentwurf von 1999 sich noch stark an die Vorbilder von Brüssel und Lugano anlehnt, ist der Entwurf von 2001 vom angloamerikanischen Rechtsdenken geprägt.⁸⁰⁵ Er weist aber auch eine Reihe innovativer Verbindungen zwischen den Rechtstraditionen des *Civil-* und des *Common Law* auf.⁸⁰⁶

799 NYGH PETER/POCAR FAUSTO, Report of the Special Commission; www.hcch.net/upload/wop/jdgmpl11.pdf, 50. Zur Problematik der *Minimum Contacts* vgl. nachstehend § 11D.II.

800 Zur unerwünschten Manipulation des Gerichtsstands durch den Schuldner der charakteristischen Verpflichtung hinten § 12I.V.2, § 12I.V.3.c)ii), § 12J.IV.1.b).

801 GRABAU/HENNECKA 570; BUCHER, *compétence*, 85.

802 BUCHER, *compétence*, 85 f.

803 Zu den faktischen Erfüllungsortskonzepten (im Gegensatz zu den normativen Konzepten) hinten § 12I.V.

804 Die offiziellen Berichtersteller des Entwurfs gehen deshalb von einer Bestimmung *lege causae* oder *lege fori* aus; NYGH PETER/POCAR FAUSTO, Report of the Special Commission, www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=3494&dtid=35, 50; vgl. BUCHER, *compétence*, 85 f.

805 Vgl. NEWTON 118, Fn. 710.

806 So verfügt er statt einer im *Civil Law* traditionellen *lis pendens*-Regel über einen Mechanismus, der dieses Rechtsinstitut mit demjenigen des anglo-amerikanischen *forum non conveniens* verbindet (Art. 21 und 22 des Entwurfs). In diesem Rahmen wird das Institut des *forum non conveniens* für die *Civil-Lawyers* berechenbarer (BUCHER, *compétence*, 105 ff., bes. 107 f.).

Das Gerichtsstandssystem des Entwurfs ist vielschichtig; es regelt drei Typen von Zuständigkeiten. Der Vertragsgerichtsstand ist als sogenannter «weisser» Gerichtsstand aufgenommen worden. Solche Gerichtsstände sind «obligatorisch»; aus diesen Gerichtsständen hervorgehende Entscheidungen sind in den anderen Vertragsstaaten nach Art. 23 ff. des Entwurfs anzuerkennen.⁸⁰⁷ Daneben sind sogenannte «graue» Gerichtsstände des nationalen Rechts zusätzlich zugelassen;⁸⁰⁸ in diesem Bereich entfällt aber die staatsvertragliche Anerkennungspflicht für mitgliedstaatliche Entscheidungen; eine Anerkennung kann gestützt auf das interne Recht der Mitgliedstaaten erfolgen.⁸⁰⁹ Eine «schwarze Liste» enthält schliesslich Gerichtsstände ohne ausreichende substantielle Verbindung zwischen Verfahrensstaat und dem Streitgegenstand oder den Parteien;⁸¹⁰ diese Gerichtsstände dürfen weder im Rahmen der direkten Zuständigkeit noch der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung zum Zug kommen.⁸¹¹ Die verbotene Zone wird mit einer Reihe von «schwarzen» Anknüpfungen konkretisiert, die für sich allein keine ausreichenden Verbindungen zwischen dem Streitgegenstand oder den Parteien einerseits und dem Gerichtsstaat andererseits darstellen sollen.⁸¹²

II. Vertragsgerichtsstand und *Minimum Contacts*: vom Erfüllungsdenken zum *activity*-Denken

Der Entwurf gibt einen Wechsel vom Erfüllungsdenken in ein «*activity*»-Denken wieder. In dieser breiten Perspektive ist die «Erfüllung» lediglich ein Aspekt der möglichen Aktivitäten einer schuldnerischen Partei im Rahmen des Vertrags; weitere Aspekte sind etwa die Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf die Erfüllung oder auch vorvertragliche Aktivitäten, wie etwa solche der Kundenwerbung.⁸¹³ Damit arbeitet der Entwurf mit einem Grossteil der Palette alternativer Anknüpfungsmöglichkeiten, die beim Vertragsgerichtsstand überhaupt denkbar sind.⁸¹⁴

Hauptanlass für diese breitere Perspektive ist die US-amerikanische Doktrin der «*Minimum Contacts*». Nach dieser verfassungsrechtlichen Minimalgarantie kann eine Person in einem US-Bundesstaat nur verklagt werden, wenn sie ausreichende Kontakte zu diesem Staat aufweist.⁸¹⁵ Diese Garantie ist vom zwischen-

807 RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 200.

808 Art. 17 Entwurf.

809 RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 200.

810 Art. 18 Abs. 1 Entwurf.

811 RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 200.

812 Art. 18 Abs. 2 Entwurf.

813 BUCHER, compétence, 90.

814 Vgl. vorne § 2B.

815 *Shoe Co v. Washinton*, 326 U.S. 310 (1945); *Volkswagen v. Woodson* 444 U.S. 286 (1980); ausführlich BAUMGARTNER 134 ff.; BUCHER, compétence, 84 f.; s. auch MARKUS, Konsumentenzuständigkeiten, 193 ff.

gliedstaatlichen auf den internationalen Bereich ausgedehnt worden.⁸¹⁶ Dabei wird – wie im kontinentalen Zuständigkeitsdenken – zwischen allgemeiner Gerichtsbarkeit (*General Jurisdiction*) und besonderer Gerichtsbarkeit (*Specific Jurisdiction*) unterschieden. Bei der *General Jurisdiction* («*Doing Business*») sind die Beziehungen des Beklagten zum Gerichtsstaat allgemeiner Natur und weisen eine genügende Intensität auf, indem die Geschäftstätigkeit im Gerichtsstaat als *continuous and systematic* bezeichnet werden muss.⁸¹⁷ Im Rahmen der *Specific Jurisdiction* («*Transacting Business*») ist ein qualifizierter Zusammenhang zwischen dem eingeklagten Anspruch und der Tätigkeit des Beklagten im Gerichtsstaat erforderlich.⁸¹⁸ Im Gegenzug sind die Anforderungen an die Dauer und Intensität der Tätigkeit des Beklagten geringer als bei der allgemeinen Gerichtsbarkeit.⁸¹⁹

Wegen der Garantie der «*Minimum Contacts*» ist mithin ein Vertragsgerichtsstand nur möglich, wenn der Beklagte im konkreten Verfahren im Staat des Erfüllungsorts eine Aktivität mit Absicht⁸²⁰ und mit einer gewissen Intensität entfaltet hat.⁸²¹ Dies ist ein markanter Unterschied zu den kontinentaleuropäischen Vertragsgerichtsständen, die sogar gegen diejenige Partei ergriffen werden können, die überhaupt keine Aktivität im Gerichtsstaat vorzuweisen hat.⁸²²

Aus diesen Gründen war in den Verhandlungen ein Streitpunkt mit den USA entstanden, den der Vorentwurf von 1999 nicht zu lösen vermochte. Die Klage des Verkäufers gegen den Käufer nach Art. 6 des Vorentwurfs stößt sich i.d.R. an der vorstehend beschriebenen Garantie der *Minimum Contacts*, weil der Käufer als Beklagter die erforderlichen *Minimum Contacts* im Gerichtsstaat nicht notwendigerweise aufweist. Aber auch die Klage des Käufers reibt sich an dieser Verfassungsgarantie. Art. 6 des Vorentwurfs verlangt zwar zur Konstituierung des Forums mindestens eine Teilerfüllung. Die bloße Lieferung von Ware im Gerichtsstaat allein genügt aber noch nicht zur Begründung der *Minimum Contacts*.⁸²³

816 GOTTWALD, Zuständigkeit, 234.

817 GOTTWALD, Zuständigkeit, 234 ff.; MARKUS, Konsumentenzuständigkeiten, 194; RODRIGUEZ 75 f. Solche *business contacts* sind nach US-amerikanischem Rechtsdenken bereits ein Äquivalent für die Anwesenheit einer natürlichen Person im Gerichtsstaat; GOTTWALD, Zuständigkeit, 233.

818 In allem Fällen muss die Zuständigkeit darüber hinaus «*reasonable*» and «*fair*» sein; MARKUS, Konsumentenzuständigkeiten, 194.

819 GOTTWALD, Zuständigkeit, 241 ff.; MARKUS, Konsumentenzuständigkeiten, 194; RODRIGUEZ 76. 820 RODRIGUEZ 77.

821 BUCHER, compétence, 84 f.

822 Vgl. JEGHER 126.

823 GOTTWALD, Zuständigkeit, 241.

III. Zum Vertragsgerichtsstand nach Haager Entwurf

Der Entwurf zum Vertragsgerichtsstand lautet wie folgt:

Article 6 Contracts

[Alternative A

1. [Subject to the provisions of Articles 7 and 8,] a plaintiff may bring an action in contract in the courts of the State –

- a) in which the defendant has conducted frequent [and] [or] significant activity; [or
- b) into which the defendant has directed frequent [and] [or] significant activity;]

provided that the claim is based on a contract directly related to that activity [and the overall connection of the defendant to that State makes it reasonable that the defendant be subject to suit in that State].

[Variant 1

2. For the purposes of the preceding paragraph, <activity> means one or more of the following –

- a) [regular and substantial] promotion of the commercial or professional ventures of the defendant for the conclusion of contracts of this kind;
- b) the defendant's regular or extended presence for the purpose of negotiating contracts of this kind, provided that the contract in question was performed at least in part in that State. [Performance in this sub-paragraph refers [only] to nonmonetary performance, except in case of loans or of contracts for the purchase and sale of currency];
- c) the performance of a contract by supplying goods or services, as a whole or to a significant part.]

[Variant 2

2. For the purpose of the preceding paragraph, <activity> includes, *inter alia*, the promotion, negotiation, and performance of a contract.

[3. The preceding paragraphs do not apply to situations where the defendant has taken reasonable steps to avoid entering into or performing an obligation in that State.]]]

[Alternative B

A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in which –

- a) in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in part;
- b) in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part;
- c) in matters relating both to the supply of goods and the provision of services, performance of the principal obligation took place in whole or in part.]

Alternative B entspricht dem besprochenen Vorentwurf von 1999.

Anders als der Vorentwurf von 1999 ist der Aktivitätsgerichtsstand der *Alternative A* grundsätzlich über Warenlieferungs- und Dienstleistungsverträge hinaus auf alle Verträge anwendbar. Das gilt jedenfalls im Falle einer Angebots- und der

Verhandlungstätigkeit;⁸²⁴ bei blossen Erfüllungshandlungen in einem Staat findet allerdings nach Variante 1 Ziff. 2 lit. c eine Einschränkung auf Warenkauf- und Dienstleistungsverträge statt.

Alternative A ist ein Gerichtsstand, der auf einer qualifizierten Aktivität des Beklagten beruht; er ist Ausfluss der vorstehend beschriebenen⁸²⁵ *Minimum Contacts*-Doktrin.

Daraus ergibt sich, dass der Gerichtsstand für diejenige Klägerin im Vordergrund steht, welche die nicht-charakteristische Leistung erbracht hat, also etwa den Käufer oder die Empfängerin der Dienstleistung. Umgekehrte Partierollen sind immerhin im Fall der nachstehend erwähnten Variante 1 lit. b und Variante 2 «*negotiation*» möglich.

Daraus ergibt sich zudem, dass eine Konzentration des Gerichtsstands⁸²⁶ auf den Ort der Aktivität des Schuldners der charakteristischen Leistung stattfindet; Aktivitäten des Zahlungsschuldners fallen ausser Betracht.

Es handelt sich weiter um einen besonderen Gerichtsstand, weil der der Klage zugrundeliegende Anspruch auf einem Vertrag beruhen muss, der einen direkten Zusammenhang mit dieser Aktivität hat.⁸²⁷

Auf die zahlreichen Untervarianten des Entwurfs sei nicht im Einzelnen eingegangen. Die Varianten 1 und 2 konkretisieren jedenfalls den Begriff der «*activity*» in unterschiedlichem Ausmass. Für die vorliegende Betrachtung ist erheblich, dass die erforderliche Aktivität des Beklagten in einer Angebotstätigkeit, einer Verhandlungstätigkeit oder einer Erfüllungstätigkeit im Sinne von Warenlieferungen oder der Erbringung von Dienstleistungen liegen kann. Insofern geht das Konzept über den Erfüllungsgerichtsstand des Brüsseler- und Luganer-Systems hinaus und weist insbesondere mit dem Einbezug der Angebotstätigkeit Elemente eines «Konsumentengerichtsstands» mit ein.⁸²⁸ Indessen reichen nach Variante 1 weder Verhandlungs- noch Erfüllungstätigkeit für sich alleine zur Begründung des Gerichtsstands aus. Die Verhandlungstätigkeit muss gepaart mit einer mindestens teilweisen Vertragserfüllung auftreten. Die Warenlieferung oder die Erbringung der Dienstleistung muss dabei sogar zu einem bedeutenden Teil erfolgt sein, im Unterschied zum Vorentwurf von 1999, der auch nur minimale Teilerfüllung genügen lässt.⁸²⁹

824 Auch bei einer Zuständigkeit, die allein auf Angebots- oder Verhandlungstätigkeiten abstellt, ist im Übrigen der darauf folgende Abschluss eines Vertrags Voraussetzung für den Gerichtsstand, denn der *chapeau* des Abs. 1 spricht von «*action in contract*».

825 Vorstehend § 11D.II.

826 Zur Konzentration des Gerichtsstands vorstehend § 11C; hinten § 12H.III.

827 Die letzte Klammervariante in Ziff. 1 lit. a fügt dem das Element eines allgemeinen Gerichtsstands im Sinne von «*doing business*» als zusätzliche Bedingung hinzu.

828 Vgl. dazu die Ausführungen von MARKUS, Konsumentenzuständigkeiten, 190 ff.

829 NYGH PETER/POCAR FAUSTO, Report of the Special Commission; www.hcch.net/upload/wop/jdgmpl1.pdf, 50; vorne § 11C.

Auf welcher Grundlage der Erfüllungsort bestimmt werden soll, ist offen. Wie beim Vorentwurf von 1999 ist der Wunsch, den Rückgriff auf nationale Regelungen zu vermeiden, im weltweiten Zusammenhang gut nachvollziehbar. Die zur EuGH-Rechtsprechung Tessili⁸³⁰ gerügten Schwierigkeiten zur Eruiierung des anwendbaren nationalen Rechts⁸³¹ vervielfältigen sich im globalen Zusammenhang, wo weder eine minimale materielle Rechtsangleichung noch ein harmonisiertes internationales Privatrecht gewährleistet sind.⁸³² Gleichzeitig ist aber auch die Bildung allseits akzeptierter, autonomer Begrifflichkeiten im globalen Kontext noch ungleich schwieriger als z.B. in einem «Europäischen Rechtsraum». Ein übergeordnetes Justizorgan zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung fehlt, andere Mechanismen wie das Protokoll Nr. 2 LugÜ⁸³³ sind nicht oder nicht in derselben Ausprägung vorhanden.⁸³⁴ Auch wenn im Rahmen weltweiter Haager Übereinkommen verschiedene autonome Begriffe wie «*habitual residence*» oder «*civil and commercial matters*», bereits über lange Zeit entwickelt werden konnten, so sind die Gerichte der Vertragsstaaten – zumindest beim letzteren Begriff – von einer einheitlichen Auslegung noch weit entfernt.⁸³⁵ Umso mehr ist bei hochnormativen Begriffen wie «*performance*» oder auch «*contract*», und «*supply of goods or services*» zu erwarten, dass diese noch lange im Licht des – jeweils vom Gerichtsstaat als anwendbar betrachteten – nationalen Rechts ausgelegt werden könnten.

E. Ergebnis

Im weltweiten Zusammenhang besteht eine erhöhte Wünschbarkeit für eine vom nationalen materiellen Recht losgelöste Bestimmung des Vertragsgerichtsstands. Trotzdem ist diese Loslösung im Entwurf von 1999 gescheitert; im 2001er Entwurf wird sie nur insoweit vollzogen, als auf Aktivitätsaspekte wie Werbung oder Vertragsverhandlungen abgestellt wird, die sich von der Erfüllung ohnehin grundlegend unterscheiden. Zum im Haager Entwurf nach wie vor enthaltenen Erfüllungskonzept stellt sich nach wie vor dieselbe ungelöste Frage nach der Grundlage zur Bestimmung des Erfüllungsorts, wie bereits beim Vorentwurf. Auch im

830 EuGH v. 6. 10. 1976 Tessili, Rs. 12/76.

831 Siehe hinten § 12C.V.

832 Vgl. BUCHER, *compétence*, 85.

833 Vgl. hinten § 12B.II.

834 Zu den Haager Übereinkommen werden in mehrjährigen Abständen «*tables rondes*» bzw. Spezialkommissionen von der Haager Konferenz einberufen, welche Anwendungsprobleme der Übereinkommen diskutieren und Empfehlungen aussprechen können.

835 Betreffend Haager Rechtshilfeübereinkommen: BISCHOF 44 ff.; MEIER 80 ff.

vorliegenden multilateralen Kontext scheint die Zuflucht zum anwendbaren materiellen Recht unausweichlich, weil autonome Konzepte zur Bestimmung des Erfüllungsorts nicht greifbar sind.⁸³⁶

836 Vgl. vorne § 11C; zu den begrenzten Alternativen zur *lex causae* und den Schwierigkeiten der Auffindung vollautonomer Erfüllungsortskonzepte v.a. hinten § 12I.III; § 12I.V.

§ 12 Vertragsgerichtsstand nach revidiertem LugÜ und EuGVO

A. Einleitende Bemerkungen

Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung des Vertragsgerichtsstands nach rev. LugÜ/EuGVO sind die sie beherrschenden Auslegungsgrundsätze; anschliessend ist die Entstehungsgeschichte zu beleuchten, welche eine historische Betrachtung des noch jungen Vertragsgerichtsstands ermöglichen soll. In diesem Rahmen erfolgt eine Darstellung der Hauptpunkte des bisherigen Erfüllungsortsgerichtsstands nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ/EuGVÜ, dessen Kritik einen wesentlichen Beweggrund für die Revision darstellte.

Erster Hauptpunkt sowohl des alten wie des neuen Erfüllungsortsgerichtsstands ist die *Eruiierung der vertraglichen Verpflichtung*, die für die Bestimmung des Erfüllungs- oder Lieferorts massgeblich sein soll. Somit werden die diesbezüglichen Änderungen dargestellt, die im Rahmen des Art. 5 Ziff. 1 lit b rev. LugÜ/EuGVO zu einer Konzentration des Gerichtsstands innerhalb eines einheitlichen Vertrags führen.⁸³⁷

Zweiter Hauptpunkt ist die eigentliche Bestimmung des Erfüllungs- oder Lieferorts. Hierfür zentral ist die *vertragliche Vereinbarung* eines Erfüllungs- oder Lieferorts; sie ist in der Praxis sehr bedeutsam und wird übrigens auch vom neuen Text entschieden hervorgehoben.⁸³⁸ Sodann gilt es, die zur *lex causae* alternativen Bestimmungskonzepte des Erfüllungsorts darzustellen und zu untersuchen – Bestimmungskonzepte, die sich vom materiellen Recht unterschiedlich weit entfernen. Dabei ist gleichzeitig nach Alternativen bei der Anknüpfung des Erfüllungsorts zu forschen. Im Sinne einer vergleichenden Evaluation werden schliesslich die verschiedenen Bestimmungskonzepte nebeneinandergestellt.

B. Auslegung des rev. LugÜ und der EuGVO

I. Grundsätze der Auslegung

Als völkerrechtliche Verträge sind das *LugÜ* wie auch seine Revision nach den Vorschriften des Wiener Übereinkommens vom 23.5.1969 über das Recht der Verträge⁸³⁹ auszulegen. Demnach stehen der Wortlaut nach Treu und Glauben⁸⁴⁰ sowie Teleologie und Systematik des Textes bei der Auslegung im Vorder-

837 Hinten § 12H.III.

838 Hinten § 12I.IV.1.

839 SR 0.111.

840 BGE 127 III 461 E 3.b.

grund,⁸⁴¹ während die Entstehungsgeschichte ebenfalls (subsidiär) zu berücksichtigen ist.⁸⁴² Historische Rückschlüsse ergeben sich insbesondere aus den jeweiligen offiziellen Berichten, die zu den verschiedenen Fassungen des EuGVÜ, zum LugÜ⁸⁴³ sowie im Entwurf nun auch zum rev.LugÜ⁸⁴⁴ vorliegen.

Als EG-Verordnung ist die *EuGVO* sekundäres Gemeinschaftsrecht, womit die die allgemeinen Auslegungsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts zur Anwendung kommen. Das EuGVÜ ist zwar ein völkerrechtlicher Vertrag; der EuGH interpretiert indessen dieses Instrument tendenziell ebenso als Teil des Gemeinschaftsrechts.⁸⁴⁵ Als Staatsvertrag ausschliesslich zwischen den EU-Staaten gilt für das EuGVÜ kein Vorrang vor dem sekundären Gemeinschaftsrecht.⁸⁴⁶ Der EuGH hat denn auch in einer Reihe von Entscheidungen bereits die enge Einbindung des EuGVÜ ins Gemeinschaftsrecht betont.⁸⁴⁷

Der EuGH legt Rechtstexte der Gemeinschaft vorab nach den klassischen Auslegungsgrundsätzen aus: Grammatikalische, historische, systematische und teleologische Interpretation;⁸⁴⁸ daneben findet auf das EuGVÜ aber auch die rechtsvergleichende Interpretation insofern Anwendung, als der EuGH seine Auslegung auf allgemeine Rechtsgrundsätze abzustützen sucht, die sich aus den nationalen Gesetzgebungen sowie der Rechtsprechung und Doktrin der Mitgliedstaaten herauskristallisieren.⁸⁴⁹

Im Rahmen der systematischen Auslegung trägt der EuGH dem gemeinschaftsrechtlichen Umfeld Rechnung.⁸⁵⁰ Die *primärrechtskonforme Auslegung* entspricht ständiger Rechtsprechung des EuGH. Hiernach ist eine Bestimmung des sekundären Gemeinschaftsrechts so auszulegen, dass sie mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts und insbesondere mit dem höherrangigen Primärrecht (EGV) zu vereinbaren ist.⁸⁵¹

841 Art. 31 Abs. 1 Wiener Übereinkommen; dazu WALTER, Auslegung, 266 f.

842 Art. 32 Wiener Übereinkommen; zuletzt BGE 131 III 227 E 3.1 m.w.H.

843 Bericht JENARD/MÖLLER.

844 (Draft) Report POCAR.

845 SCHACK, Erfüllungsort, N 325; HESS 351; KOHLER, Vergemeinschaftung, 462 f.; VALLONI 33 f. Das EuGVÜ stützt sich auf Art. 293 EGV (alt Art. 220).

846 FURRER, Zivilrecht, 229 f.

847 Vgl. FURRER, EuGH-Rechtsprechung, 324 f. Von einer Verbindung des EuGVÜ mit dem EGV oder dem Gemeinschaftsrecht sprechen EuGH v. 12.5.2005, Peloux, Rs. C-112/03 N 28, N 36; EuGH v. 10.2.1994 Mund & Fester, Rs. C-398/92 N 9 ff.; EuGH v. 28.3.2000 Krombach, Rs. C-7/98 N 24; EuGH v. 13.10.2005 Klein, Rs. C-73/04 N 22.

848 HESS 353 ff.; konkret betreffend die EuGVO EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, N 17 f. (Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Ziele und Systematik).

849 VALLONI 36 f. Zum rechtsvergleichenden Auslegungsmittel WALTER, Auslegung, 261 ff.

850 Sekundärrecht ist also mit Sekundärrecht systematisch zu koordinieren; ANWEILER 186.

851 ANWEILER 185 f.

Bezogen auf die vorliegende Materie steht sodann der Grundsatz der *autonomen Auslegung* im Vordergrund.⁸⁵² Danach ist ein Rückgriff auf die nationalen Rechte der Mitgliedstaaten nach Möglichkeit zu vermeiden.⁸⁵³ Die Begriffe der europäischen Zivilprozessinstrumente sind also i.d.R. nicht als Verweisungen auf die Sachbestimmungen in den nationalen Verfahrensordnungen oder – über das IPR des Forums – auf die nationalen Privatrechtskodifikationen zu verstehen. Das nationale Recht spielt hingegen insofern eine Rolle, als die autonomen Begriffe aus einer rechtsvergleichenden Betrachtung der europäischen Rechtsordnungen herauszuschälen sind.⁸⁵⁴

Aus der Rechtsprechung des EuGH lassen sich spezifisch auf das europäische Zivilprozessrecht zugeschnittene Konkretisierungen der vorstehend erwähnten Grundsätze destillieren. Die daraus gewonnenen Prinzipien sind neben dem Grundsatz der *Urteilsfreizügigkeit* und dem *Schutz der Beklagtenrechte* insbesondere die *Vorhersehbarkeit* und *Rechtsklarheit*, sowie – in gegenseitigem Spannungsverhältnis – die *Parteiautonomie* und der *Schutz der schwächeren Partei*.⁸⁵⁵ Schliesslich hat der EuGH jüngst die Teleologie des Vertragsgerichtsstands auf den Punkt gebracht und hierarchisch geordnet. Die *Voraussehbarkeit* der Zuständigkeit steht dabei an erster Stelle,⁸⁵⁶ gefolgt vom Grundsatz der *räumlichen Nähe* zwischen Vertrag und Gerichtsstand,⁸⁵⁷ wobei auch diese beiden Grundsätze zueinander in einem Spannungsverhältnis stehen können.⁸⁵⁸

II. Einheitliche Interpretation der Parallelinstrumente

Das LugÜ verfügt in Protokoll Nr. 2 über Regeln und Mechanismen, welche die einheitliche Auslegung des Instruments in den Vertragsstaaten erleichtern und fördern. Weil es sich um die Auslegung eines Parallelübereinkommens zum EuGVÜ handelt, stehen diese Regeln und Mechanismen zusätzlich im Dienst einer koordinierten Auslegung der beiden Übereinkommen.⁸⁵⁹

852 Diese Methode wird aus dem Grundsatz des «*effet utile*» abgeleitet; HESS 351, 357; FURRER/SCHRAMM, *Entsendegesetz*, 41; dazu SCHACK, *Erfüllungsort*, N 327 f.; spezifisch für das EuGVÜ: EuGH v. 20. 1. 2005 Engler, Rs. C-27/02, N 33. Aus der Sicht des LugÜ: BERTI 12 ff.

853 HESS 358; Darstellung der zögerlichen Umsetzung dieses Grundsatzes jedoch bei KLEMM 198.

854 HESS 352 (eine abnehmende Tendenz zur rechtsvergleichenden Betrachtung konstatierend); vgl. WALTER, *Auslegung*, 275 f.

855 HESS 359 f.

856 EuGH v. 3. 5. 2007 Color Drack, Rs. C-386/05, Nr. 19, 32 und 43 f. Vgl. Erwägung Nr. 11 vor der EuGVO.

857 EuGH v. 3. 5. 2007 Color Drack, Rs. C-386/05, Nr. 22, 34 und 40. Vgl. Erwägung Nr. 12 vor der EuGVO.

858 EuGH v. 29. 6. 1994 Custom Made Commercial, Rs. 288/92, Nr. 18 ff.; GA BOT, Nr 72. Vgl. dazu hinten § 12J.IV.

859 Hierzu SCHMIDT-PARZEFALL, *passim*, sowie FURRER, *Lugano-Übereinkommen als europarechtliches Instrument*, 486 ff.; BGE 123 III 414 E 4.; BGE 131 III 227 E 3.1.

Vorab gelten die Entscheidungen des EuGH zum EuGVÜ, die vor dem 16. September 1988 ergangen sind, als «authentische Auslegung» der Parallelbestimmungen des LugÜ.⁸⁶⁰ Massgeblich sind zudem zwei kongruente Erklärungen der EFTA- und EU-Unterzeichnerstaaten zum LugÜ. Daraus ergibt sich, «... dass der EuGH bei der Auslegung des EuGVÜ den Grundsätzen gebührend Rechnung trägt, die sich aus der Rechtsprechung des LugÜ ergeben.» Die EFTA-Staaten stellen spiegelbildlich in Aussicht, die Rechtsprechung des EuGH und der Gerichte der EU-Mitgliedstaaten im selben Masse zu berücksichtigen. Die Durchsetzung dieser Regeln wird im Rahmen des Protokolls Nr. 2 durch eine Reihe von Massnahmen unterstützt, so durch die Sammlung und Verbreitung der relevanten Rechtsprechung durch den Kanzler des EuGH, den regelmässigen Informationsaustausch über diese Rechtsprechung im Rahmen des Ständigen Ausschusses⁸⁶¹ und die jährlichen Rechtsprechungsberichte.⁸⁶²

Im Rahmen der heutigen *Koexistenz von EuGVO und LugÜ* sind Protokoll Nr. 2 und die zugehörigen Erklärungen nicht direkt auf die EuGVO anwendbar. Aufgrund des engen sachlichen Zusammenhangs zwischen den beiden Regelwerken werden diese Regeln indessen sinngemäss weiter auf diejenigen Bestimmungen angewandt, die einen parallelen Wortlaut aufweisen.⁸⁶³

Das *rev. LugÜ*⁸⁶⁴ folgt in der Grundanlage dem bisherigen System. Vorab ist die bis zur Unterzeichnung ergangene Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen, ebenso aber auch die Rechtsprechung sämtlicher an das Instrument gebundenen Staaten, insbesondere der EFTA-Staaten.⁸⁶⁵ In Art. 1 Abs. 1 Protokoll Nr. 2 *rev. LugÜ* ist zudem vorgesehen, dass die Rechtsprechungsorgane der EFTA-Staaten einerseits und diejenigen der EU-Staaten andererseits, darin eingeschlossen der EuGH, zur gegenseitigen Berücksichtigung der Rechtsprechung verpflichtet sind.⁸⁶⁶ Das gilt im Vergleich zum LugÜ in leicht verstärktem Ausmass.⁸⁶⁷

860 Präambel Protokoll Nr. 2 LugÜ; BGE 124 III 382 E 6.c.

861 Art. 2 f. Protokoll Nr. 2 LugÜ.

862 http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/internationales_privatrecht/lugano_ueber_einkommen.html

863 BGE 131 III 227 E 3.1.

864 www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/ipr.Par.0024.File.tmp/20071030_entw_lugano_convention-d.pdf

865 Präambel Protokoll Nr. 2 *rev. LugÜ*.

866 Wie unter LugÜ/EuGVÜ soll auch unter dem neuen System weder eine Hierarchie der Spruchbehörden noch die Grösse eines Landes zählen, sondern allein die «Überzeugungskraft des besseren Arguments» (BERTI 10).

867 Wegen der – vergleichsweise mit den Erklärungen zum LugÜ – stärkeren Formulierung «...shall pay due account ...». Art. 1 Abs. 2 ist keine Relativierung dieser Bestrebungen, sondern gibt allein die Tatsache wider, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten an die Rechtsprechung des EuGH gebunden sind (die Bindungswirkung der EuGH-Entscheidungen gegenüber den mitgliedstaatlichen Gerichten ist zwar in der Theorie nicht unumstritten (NAGEL/GOTTWALD 78), in der Praxis aber unangefochten).

Nach Art. 2 eines Entwurfs zum Statut des EuGH⁸⁶⁸ ist zudem ein Interventionsrecht der Nicht-EU-Mitgliedstaaten vor dem EuGH vorgesehen.

Diese eher leichten Retouchen des bisherigen Systems im Protokoll 2 erfolgen aber vor einem veränderten Hintergrund.

Einerseits haben die mitgliedstaatlichen Gerichte gegenüber der Situation unter dem EuGVÜ eine eingeschränkte Vorlagebefugnis an den EuGH.⁸⁶⁹ Art. 68 EGV sieht nur für die letztinstanzlichen Gerichte der Mitgliedstaaten eine Vorlagebefugnis vor; für das EuGVÜ gilt das Luxemburger Protokoll von 1991, nach welchem bereits die nationalen Appellationsgerichte diese Befugnis haben.⁸⁷⁰

Andererseits wird der EuGH – im Unterschied zur Situation unter dem LugÜ – *eine direkte Rechtsprechungskompetenz* zum rev. LugÜ erhalten, soweit dessen Anwendung durch die EU-Mitgliedstaaten betroffen ist. Vor allem vor diesem Hintergrund erklärt sich das erwähnte Interventionsrecht der Nicht-EU-Staaten vor dem EuGH.

Im Ergebnis hat der EuGH also zu zwei im Wortlaut parallelen Instrumenten Stellung zu nehmen, die verschiedenen Rechtsquellen entspringen und sich auf verschiedenen Rechtsebenen befinden. Das rev. LugÜ steht als völkerrechtlicher Vertrag mit Drittstaaten in der internen Normenhierarchie der EU an höherer Stelle als die EuGVO als sekundäres Gemeinschaftsrecht.⁸⁷¹ Die EuGVO ist als

868 «Any State bound by this Convention and which is not a Member State of the European Community is entitled to submit statements of case or written observations, in accordance with Article 23 of the Protocol on the Statute of the Court of Justice of the European Communities, where a court or tribunal of a Member State of the European Community refers to the Court of Justice for a preliminary ruling a question on the interpretation of this Convention or of the instruments referred to in Article 63(1) of this Convention.»

869 NAGEL/GOTTWALD 77 f.; vgl. Protokoll betreffend die Auslegung des Übereinkommens vom 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelsachen durch den Gerichtshof (ABl. 1975, L 204, 28, konsolidierte Fassung, ABl. 1998, C 27, 28).

870 DIETZE/SCHNICHOLS 552 f.; KOHLER, Vergemeinschaftung, 467; RODRIGUEZ, Revision, Rz. 16. Ca. 40% der Vorlagen stammten von den nationalen Appellationsgerichten; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI Nr. 4 ff.

871 Art. 300 Abs. 7 EGV; STREINZ, N 431; N 605 f.; CALLIESS/RUFFERT, Art. 300 N 82; FURRER, Zivilrecht, 229. Die Situation innerhalb der Gemeinschaft ist insofern vergleichbar mit derjenigen der Schweiz, was das Verhältnis zwischen den staatsvertraglichen LugÜ/rev.LugÜ und einschlägigen Bundesgesetzen wie v.a. das IPRG oder das SchKG betrifft. Hier sollte ohne Weiteres von einem allgemeinen Vorrang des posterioren Völkerrechts vor dem anterioren Landesrecht ausgegangen werden (VPB 1989 Nr. 54; Art. 26 f. des Wiener Übereinkommens vom 23.5.1969 über das Recht der Verträge; SR 0.111; Art. 30a SchKG, Art. 1 Abs. 2 IPRG); die Rechtsprechung tendiert auch ausserhalb dieser Spezialnormen zu einem absoluten Vorrang des Staatsvertragsrechts, und zwar selbst im Fall, dass der Gesetzgeber einen Widerspruch des posterioren Landesrechts zum anterioren Staatsvertragsrecht bewusst in Kauf genommen hat (anders noch BGE 99 Ib 39; BGE 112 II 1 E 8 [Schubert-Praxis]; vgl. jedoch die seitherige Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche den Vorrang des Völkerrechts bedingungslos formuliert: BGE 116 IV 269; BGE 117 IV 124; BGE 119 V 171 E 4a; BGE 122 II 239; BGE 122 II 485 E. 3; BGE 125 II 417 E. 4. d; BGE 131 V 66 E 3.2.; BGE 133 V 367 E. 11.1.1 ist etwas weniger eindeutig formuliert als die

sekundäres Gemeinschaftsrecht ins gemeinschaftsrechtliche System eingebettet und wird durch übriges Gemeinschaftsrecht, welches ihr gegenüber etwa als *lex posterior* oder *lex specialis* auftreten kann, beeinflusst und modifiziert. Während die EuGVO als Sekundärrecht dem Primärrecht hierarchisch klar untergeordnet ist, kann das Primärrecht völkerrechtliche Verpflichtungen der EU gegenüber Drittstaaten, wie sie das rev. LugÜ darstellt, nicht ohne Weiteres berühren.⁸⁷²

Wie erwähnt, untersteht die EuGVO den vorstehend genannten gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsprinzipien in vollem Umfang.

Das bedeutet konkret, dass sich die Rechtsprechung des EuGH zum rev. LugÜ von derjenigen zur EuGVO unterscheiden wird.⁸⁷³ Der Vorrang des EGVs und die genannten gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsprinzipien wirken auf die EuGVO, nicht aber bzw. nicht in gleichem Mass auf das rev. LugÜ. Immerhin ist bei der Rechtsprechung zur EuGVO insofern Kontinuität zum EuGVÜ zu erwarten, als das EuGVÜ bereits bis anhin ähnlich wie gemeinschaftsrechtliches Sekundärrecht behandelt wurde.⁸⁷⁴

Das BGer gibt bereits Hinweise auf die sich stärker abzeichnenden Unterschiede zwischen der Rechtsprechung zum EU-Instrument und dem LugÜ. Es hat richtig festgestellt, dass Überlegungen der EU-Literatur zum sekundären Gemeinschaftsrecht – *in casu* zur EG-Insolvenzverordnung⁸⁷⁵ – ausserhalb des Koordinationsmechanismus des Protokolls Nr. 2 LugÜ zu liegen kommen.⁸⁷⁶

vorstehenden Entscheidungen: er zitiert BGE 112 II 1 E. 8, spricht aber immerhin von einer ständigen Rechtsprechung gestützt auf BGE 119 V 171 4.a). Aus der Genese des Art. 5 BV ist dieser absolute Vorrang zwar nicht abzulesen; er ist indessen ein selbstverständliches Gebot des Grundsatzes «*pacta sunt servanda*».

872 STRAINZ N 605; FURRER, Zivilrecht, 228 f. (differenzierend lediglich bei völkerrechtlichen Verpflichtungen der *Mitgliedstaaten* gegenüber Drittstaaten). STRAINZ und CALLIESS/RUFFERT ordnen zwar gleichzeitig Gemeinschaftsabkommen mit Drittstaaten lediglich als zwischen dem Primär- und dem Sekundärrecht stehend ein: Sie verteidigen den Vorrang des Primärrechts mit dem Argument, dass ein dem EGV widersprechendes Übereinkommen der EU allein nach einer Vertragsänderung nach Art. 48 EU-Vertrag in Kraft treten könne (Art. 300 Abs. 5 und 6 EGV; STRAINZ, N 605; CALLIESS/RUFFERT, Art. 300 N 82). Gerade diese Anpassungsbedürftigkeit des Primärrechts könnte aber darauf hinweisen, dass dessen Vorrang vor dem Staatsvertragsrecht nicht ein selbstverständlicher ist, und lediglich im EU-internen Verhältnis, nicht aber gegenüber den verbundenen Drittstaaten angenommen werden kann.

873 FURRER, Privatrecht, 242.

874 Vorstehend § 12B.I.

875 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 v. 29.5.2000 des Rates über Insolvenzverfahren.

876 So bereits betreffend das bisherige LugÜ BGE 131 III 227 E 3.1., der eine Anwendung der LugÜ-Gerichtsstände auf Anfechtungsklagen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens ablehnt (E 3.3 und 4); dazu WALTHER, Zivilprozessrecht, 336 ff. Insofern noch optimistischer BGE 124 III 382 E 6. e, der davon ausgeht, dass das primäre Gemeinschaftsrecht nur in seltenen Fällen als Grenze für die parallele Interpretation der LugÜ und EuGVÜ in Erscheinung tritt (TEBBENS 11 f). Weil auf das primäre Gemeinschaftsrecht gestützt, lag im Übrigen bereits das Verbot des Ausländerarrests in EuGH v. 10.2.1994 Mund & Fester, Rs. C-398/92 ausserhalb des Koordinationsmechanismus des Protokolls Nr. 2 LugÜ (SCHWANDER, Ausländerarrest 795 ff.; a.M. VOLKEN, Ausländerarrest, 1 ff.; dazu auch TEBBENS 23 f.).

Vor dem veränderten Hintergrund einer Ausdehnung der Auslegungskompetenz des EuGH auf das LugÜ wird die bereits heute beeinträchtigte Parallelität der Rechtsprechungen sichtbarer werden. Die – durch das neue Protokoll Nr. 2 verstärkte – einheitliche Rechtsprechung unter den Staaten, die an das rev. LugÜ gebunden sein werden, wird sich spürbarer vom Brüsseler System entfernen.⁸⁷⁷ Divergierende Tendenzen zwischen den Parallelinstrumenten könnten sich im Übrigen noch unter dem Gesichtspunkt verstärken, dass die EuGVO als gemeinschaftsrechtliches Instrument einfacher und schneller zu revidieren ist als das LugÜ als Staatsvertrag.⁸⁷⁸ Zwar enthält das rev. LugÜ einen Vorwarn- und Koordinationsmechanismus bei geplanten Revisionen des Gemeinschaftsrechts.⁸⁷⁹ Zu Gunsten der Praktikerinnen im europäischen Rechtsraum bleibt indessen zu hoffen, dass die EU keinen Revisionsaktivismus entfaltet, der den Graben zwischen den Parallelinstrumenten erweitern könnte.

C. Revision der LugÜ/EuGVÜ

I. Einleitende Bemerkung

Zur Ermöglichung seiner historischen Beurteilung sei der Darstellung des revidierten Vertragsgerichtsstands ein Blick auf die Revision vorangestellt. Dabei sind die vorliegend problematischen Kritikpunkte des bisherigen Erfüllungsortsgerichtsstandes nach LugÜ/EuGVÜ zu umreißen; sodann ist ein Licht auf deren Behandlung durch die EU-EFTA-Arbeitsgruppe zu werfen; weitere Bezüge auf die Revision werden weiter hinten im jeweiligen Sachzusammenhang genommen.

II. Zum Ablauf der Revision

Eine vom RAT der EU eingesetzte Arbeitsgruppe,⁸⁸⁰ zusammengesetzt aus Delegierten der damaligen 15 EU-⁸⁸¹ und der EFTA-Staaten (ohne Liechtenstein), hat 1999 nach fast dreijähriger Tätigkeit und unmittelbar vor dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags einen Revisionsentwurf vorgelegt.⁸⁸² Dieser Entwurf ent-

877 Vgl. FURRER, Wandel, 144, 147.

878 Vgl. FURRER, Gestaltungsspielräume, 521, 530.

879 Protokoll Nr. 3 Abs. 2 rev. LugÜ.

880 Mit Entscheidung des RATES vom 4. und 5.12.1995; EG-Kommission, Vorschlag, 4.

881 Als Beobachter vertreten waren Polen (als Beitrittskandidat), die Haager Konferenz für internationales Privatrecht, die EG-Kommission, das Generalsekretariat des Rates, der EuGH und das EFTA-Sekretariat.

882 Ausführlich JAMETTI GREINER, Revision, 1135 ff.; JAMETTI GREINER, Lugano-Übereinkommen, 113 ff.; JAMETTI GREINER, sviluppi, 251 ff.; POCAR, Brüssel I, 10 ff.; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 180 f.; MARKUS, Hauptpunkte, 205 f.; WAGNER, Revision, 241 ff.

hielt einen vollständigen materiellen Teil der Übereinkommen sowie einige wichtige Revisionspunkte des formellen Teils. Nach der «Vergemeinschaftung» der Justizzusammenarbeit in Zivil- und Handelssachen durch den Amsterdamer Vertrag wurden die EG gestützt auf Art. 65 EGV für den Erlass einer Gemeinschaftsmassnahme im vorliegenden Bereich zuständig. Der Revisionstext wurde deshalb ohne Änderung in die Form einer EG-Verordnung (EuGVO) umgegossen, die am 1.3.2002 für 14 der damaligen EG-Mitgliedstaaten – ohne Dänemark⁸⁸³ – in Kraft getreten ist. Mit dem Beitritt der neuen EU-Mitgliedstaaten per 1.5.2004 und 1.1.2007 ist die EuGVO auch auf diese anwendbar.

Der Abschluss der Revision des textlich parallelen LugÜ verzögerte sich indes aus einer Reihe von Gründen.⁸⁸⁴ In der Hauptsache galt es, einen *avis* des EuGH über die interne Zuständigkeit der EU zum Abschluss des rev. LugÜ abzuwarten. Erst nach dem Vorliegen des *avis*⁸⁸⁵ im Februar 2006, welcher der EU eine ausschliessliche Zuständigkeit zuerkennt, konnten die Verhandlungen des formellen Teils wieder intensiviert werden. Am 12. Oktober 2006 hat eine diplomatische Konferenz in Lugano⁸⁸⁶ einen Text hervorgebracht, welcher mit Ausnahme des umstrittenen vierten Protokolls zum Gemeinschaftspatent bereinigt war. Nachdem in weiteren Verhandlungen auch in diesem Punkt eine Einigung gefunden wurde, konnte der Text im März 2007 paraphiert und am 30. Oktober 2007 unterzeichnet werden.⁸⁸⁷ Ende Mai 2008 hat der Bundesrat das Vernehmlassungsverfahren zur Ratifikation des rev. LugÜ und zu dessen Implementierungsgesetzgebung eröffnet.

III. Vertragsgerichtsstand als Hauptmotiv der Revision

Ziele der Revision waren einerseits die Schaffung erhöhter Rechtssicherheit bei der Bestimmung der direkten Zuständigkeiten sowie andererseits ein strafferes System der Vollstreckbarerklärung.⁸⁸⁸ Bei der direkten Zuständigkeit standen die

883 Für Dänemark ist der Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen nicht verbindlich (Art. 1 und 2 des dem Vertrag über die Europäische Union und dem EGV beigefügten Protokolls über die Position Dänemarks). Die EuGVO wird 2007 bilateral auf Dänemark ausgedehnt; die EG und Dänemark haben am 19.10.2005 ein entsprechendes bilaterales Übereinkommen unterzeichnet (WAGNER 426).

884 Dazu MARKUS, Zuständigkeitsrecht, 129 f.

885 *Avis* EuGH v. 7.2.06, Rs. 1/03.

886 Teilgenommen haben Delegationen der EG, der Schweiz, Norwegens und Islands sowie Dänemarks, Frankreichs und der Niederlanden. Eine Reihe von EU-Mitgliedstaaten waren als Beobachter anwesend; ebenfalls als Beobachter waren der EuGH, das Generalsekretariat des Rates der EU und das EFTA-Sekretariat vertreten.

887 Der signierte Text des revidierten Lugano-Übereinkommens findet sich unter folgendem Link: www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/ipr.Par.0024.File.tmp/20071030_entw_lugano_convention-d.pdf

888 MARKUS, Hauptpunkte, 206.

praktischen Probleme im Vordergrund, welche die bisherige Fassung des Vertragsgerichtsstands bietet.⁸⁸⁹ Dies zeigt nicht nur eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH und der EU-Mitgliedstaaten zum EuGVÜ, sondern auch die noch verhältnismässig junge Rechtsprechung der nationalen Gerichte zum LugÜ: Ungefähr die Hälfte dieser bisherigen gerichtlichen Entscheidungen ergingen zum Vertragsgerichtsstand.⁸⁹⁰ Dies hat Stimmen zur Streichung laut werden lassen,⁸⁹¹ aber auch eine breite Palette verschiedener Reformvorschläge zum Vertragsgerichtsstand hervorgerufen.⁸⁹²

IV. Hauptpunkte des bisherigen Erfüllungsortsgerichtsstands nach LugÜ/EuGVÜ

1. Bestimmung des Erfüllungsorts auf der Stufe der einzelnen massgeblichen Verpflichtung (Rechtsprechung *De Bloos*)

Der EuGH hat in seiner Entscheidung *De Bloos*⁸⁹³ das EuGVÜ in der Weise interpretiert, dass die der jeweiligen Klage zugrundeliegende vertragliche Verpflichtung zur Bestimmung des Erfüllungsortsgerichtsstands massgeblich ist.⁸⁹⁴ Somit wird der Gerichtsstand nicht auf Stufe des Vertrags bestimmt, sondern auf Stufe der einzelnen, aus dem Vertrag fliessenden Verpflichtung. Dabei wird grundsätzlich an jeder einzelnen vertraglichen Verpflichtung gesondert angeknüpft, handle es sich dabei um eine Verpflichtung zu einer Sachleistung oder zur Geldzahlung. Das entspricht dem vorne erwähnten materiellrechtlichen Grundsatz, wonach jeder Verpflichtung ein eigener Erfüllungsort zugeordnet werden kann.⁸⁹⁵

Die Erfüllung der *Hauptverpflichtungen* eines Vertrages kann an völlig verschiedenen Orten vorgesehen sein.

Dies sei am Beispiel eines Kaufvertrags erläutert: Die Klage des Käufers geht auf Ablieferung des Kaufgegenstandes, die Klage des Verkäufers auf Bezahlung des Kaufpreises. Der Kaufgegenstand ist gemäss Vertrag in Rotterdam abzuliefern, und das Geld auf ein Konto bei einer Bank in Zürich einzuzahlen, wobei beide Leistungen als Bringschulden vereinbart sind.⁸⁹⁶ Die Klage des Verkäufers wäre also am vereinbarten Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung, in Zürich anzubringen, während die Klage des Käufers in Rotterdam zu erheben wäre. Damit wird offensichtlich, dass der Gerichtsstand massgeblich von der Parteirolle des Klägers im Vertrag abhängt.

889 MARKUS, Hauptpunkte, 206; MARMISSE I/A/2).

890 BORRAS/MARKUS/TAGARAS 262 ff.; BAJONS 17 f. Hinzu kommt die zahlreiche Kritik in der Lehre, vgl. DONZALLAZ, for 382, sowie hinten § 12C.V und Fn. 933.

891 Hierzu DROZ 351 ff.; MARKUS, Hauptpunkte, 210; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 211.

892 Vgl. KOHLER, Revision, 1 ff.; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 208 f.; HEUZÉ 631 ff.

893 EuGH v. 6. 10. 1976 *De Bloos*, Rs. 14/76.

894 EuGH v. 6. 10. 1976 *De Bloos*, Rs. 14/76, N 13 f.; FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM 42; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 35 m.w.H.

895 Vorne § 3B.I.1.

896 Dazu vorne § 3B.I.2.

Auch sogar ein und dieselbe Partei kann sich zur Ergreifung verschiedener Gerichtsstände gezwungen sehen. Bei gleichzeitiger Abstützung der Klage auf mehrere vertragliche Hauptverpflichtungen führt jede dieser Verpflichtungen zu einer gesonderten Bestimmung des Gerichtsstands.⁸⁹⁷

Ob sogar selbständig eingeklagte *Nebenverpflichtungen* einen eigenen Gerichtsstand begründen, ist nicht restlos geklärt.⁸⁹⁸ Die EuGH-Entscheidung *Besix*⁸⁹⁹ weist indessen in diese Richtung. Dort ging es um einen Vertrag betreffend die Zusammenarbeit der Prozessparteien bei der Bewerbung um einen öffentlichen Auftrag, der die Verpflichtung enthielt, das gemeinsame Angebot nicht durch zusätzliche individuelle Teilnahme an der Ausschreibung zu konkurrenzieren. Dieses Konkurrenzverbot kann als blosses Nebenverpflichtung zur Sicherung der Hauptverpflichtung, nämlich derjenigen zur Zusammenarbeit für die öffentliche Ausschreibung, angesehen werden.⁹⁰⁰ Der EuGH ist dennoch von dieser «geographisch unbegrenzt geltende(n) Unterlassungspflicht» als massgebliche Verpflichtung zur Bestimmung des Gerichtsstands ausgegangen,⁹⁰¹ und nicht etwa von der positiven Verpflichtung zur Zusammenarbeit.

Blosse *Obliegenheiten* können hingegen keinen Gerichtsstand begründen, weil sie keine obligationenrechtliche Verpflichtungen i.e.S. darstellen, die der Gläubiger auf gerichtlichem Weg durchsetzen könnte.⁹⁰²

Von der geschilderten Methode ist der EuGH unter dem EuGVÜ lediglich bei Arbeitsverträgen abgewichen; hier hat er die Arbeitsverpflichtung als einzige massgebliche Verpflichtung innerhalb des Vertrags statuiert und damit eine Konzentration des Gerichtsstands für alle aus dem Vertrag fliessenden Verpflichtungen am gewöhnlichen Arbeitsort bewirkt.⁹⁰³

Bei den übrigen Verträgen hat die Praxis den Grundsatz der Aufteilung des Gerichtsstands immerhin an den Rändern eingeschränkt. Wenn sich die Klage auf mehrere Verpflichtungen stützt, und diese Verpflichtungen in einem hierarchischen Verhältnis zueinander stehen, so ist der *Erfüllungsort der übergeordneten Verpflichtung* allein massgeblich.⁹⁰⁴ Werden Sekundärverpflichtungen, also Scha-

897 EuGH v. 5.10.99 *Leathertex*, Rs. 420/97; GA BOT Nr. 58; BGE 124 III 188 E 4; KROPHOLLER, Art. 5 N. 16; WALTER IZPR 191 f.; VALLONI 232 f.

898 VALLONI 234; BAJONS 38.

899 EuGH v. 19.2.2002 *Besix*, Rs. C-256/00.

900 Vgl. RODRIGUEZ, *Beklagtenwohnsitz*, 170 Fn. 674.

901 Dabei hat er festgestellt, dass eine geographisch unbegrenzte Unterlassungspflicht keinen Gerichtsstand zu begründen vermag; EuGH v. 19.2.2002 *Besix*, Rs. C-256/00, Nr. 49 f.

902 AMSTUTZ/VOGT/WANG, 2. Aufl., Art. 113 N 8. Die Verletzung von Obliegenheiten führt für den Belasteten lediglich zum Rechtsnachteilen oder Rechtsverlust, nicht aber zu Schadenersatz; SCHWENZER, OR AT, 25.

903 EuGH v. 26.5.1982 *Ivenel*, Rs. 133/81, Nr. 18 ff.; EuGH v. 15.1.1987 *Shenavai*, Rs. 266/85, Nr. 11 und 17; EuGH 13.7.1993 *Mulox*, Rs. C-125/92; EuGH, 9.1.1997 *Rutten*, Rs. C-383/95; EuGH v. 27.2.02 *Herbert Weber*, Rs. C-37/00.

904 Die Nebensache folgt der Hauptsache; EuGH v. 15.1.1987 *Shenavai*, Rs. 266/85, N 19.

denersatz- oder Rückabwicklungsverpflichtungen, die neben oder anstelle der ursprünglichen vertraglichen Verpflichtung treten,⁹⁰⁵ eingeklagt, so bleibt der Erfüllungsort massgeblich, der für die zugrundeliegende Primärverpflichtung gilt.⁹⁰⁶ Gewisse Lehrmeinungen zum EuGVÜ stellen diesen Ansatz zu einer – immer noch bescheidenen – Konzentration des Gerichtsstands aber in Frage. Für sie findet die Konzentration nur statt, wenn das *anwendbare Vertragsrecht* eine Sekundärverpflichtung aus der Verletzung der primären Verpflichtung unmittelbar ableitet. Wenn aus der Verletzung der ursprünglichen Verpflichtung eine weitere selbständige, materiellrechtlich davon deutlich zu unterscheidende Verpflichtung erwächst, entscheidet wiederum die *lex causae* über den (separaten) Erfüllungsort dieser Verpflichtung. Dieser Erfüllungsort kann sich somit durchaus vom Erfüllungsort der primären Verpflichtung unterscheiden. Diese Differenzierung nimmt zwar die konsequente Berücksichtigung der materiellrechtlichen Lage für sich in Anspruch. Damit wird aber eine Türe zur verstärkten Vermehrung und Zersplitterung des Gerichtsstands geöffnet.⁹⁰⁷ Die daraus hervorgehenden zusätzlichen Gerichtsstände sind für die Parteien kaum mehr vorhersehbar, weshalb diese Sichtweise bereits unter LugÜ/EuGVÜ abzulehnen ist.⁹⁰⁸

2. *Bestimmung nach der lex causae unter LugÜ/EuGVÜ (Rechtsprechung Tessili)*⁹⁰⁹

Nach Rechtsprechung des EuGH zum EuGVÜ ist der Erfüllungsort der der Klage zugrundeliegenden Verpflichtung grundsätzlich nach der *lex causae* zu bestimmen, d.h. nach dem Recht, das nach dem IPR des Forumstaats anzuwenden ist.⁹¹⁰ Ist staatsvertragliches Einheitsrecht (wie z.B. das CISG) auf die Verpflichtung anwendbar, so ist dieses für die Bestimmung des Erfüllungsorts massgeblich.⁹¹¹ Zumal im Rahmen eines einzigen Vertrags auf verschiedene Verpflichtungen verschiedene Rechtsordnungen anwendbar sein können, ist das Recht heranzuziehen,

905 VALLONI 229 f.

906 EuGH v. 6. 10. 1976 De Bloos, Rs. 14/76, N 13 f.; EuGH v. 15. 1. 1987 Shenavai, Rs. 266/85 N 9; BGE 124 III 188 E 4a; OLG Stuttgart v. 24. 3. 2004, Rs. 14 U 21/01, RIW 2004, 712; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 37; SCHACK, Zivilverfahrensrecht, N 266.

907 BAJONS 22 ff.; 29, 32 f., 42, 44.

908 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 37; SCHACK, Zivilverfahrensrecht, N 266 f.

909 Vgl. dazu auch vorne § 10B.III.4.

910 EuGH v. 6. 10. 1976 Tessili, Rs. 12; bestätigt in EuGH v. 29. 6. 1994 Custom Made Commercial, Rs. 288/92, sowie EuGH v. 28. 9. 1999 Concorde, Rs. C-440/97 und EuGH v. 5. 10. 1999 Leather-text, Rs. 420/97, N 32. Der EuGH hält auch jüngst in seiner Entscheidung v. 19. 2. 2002 Besix, Rs. C-256/00 *obiter* am Konzept fest und bezieht sich dabei auf seine *jurisprudence «traditionelle»* Tessili. Vgl. auch BGE 124 III 188 E 4a.

911 EuGH v. 29. 6. 1994 Custom Made Commercial, Rs. 288/92; BGE 122 III 43; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 n 40; VALLONI 260 ff.

das auf die streitige Verpflichtung anzuwenden ist.⁹¹² Dies gilt sowohl für die Bestimmung nach dispositivem Recht wie auch für den Fall, dass eine Vereinbarung über den Erfüllungsort getroffen wurde. Die Gültigkeit dieser Vereinbarung bestimmt sich nach dem anwendbaren Recht.⁹¹³

Das Gesagte gilt unbestrittenermassen in der Situation, in welcher noch keine Erfüllung stattgefunden hat. Unklar und umstritten ist die Beurteilung der Situation, in welcher der Schuldner an einem anderen als dem vertraglich oder dispositivrechtlich festgelegten Ort erfüllt hat.⁹¹⁴ Dann könnte neben den normativen Erfüllungsort ein «faktischer» Erfüllungsort treten.⁹¹⁵ Der Wortlaut von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ/EuGVÜ spricht denn auch vom Gerichtsstand des «... Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre ...».⁹¹⁶ Hat sich der Kläger an den normativen oder den faktischen Gerichtsstand zu halten, oder hat er die Wahl zwischen den beiden Gerichtsständen?

Das BGER äussert sich im BGE 4C.4/2005 vom 16.6.2005 zu dieser Frage. Es verfährt nach der «klassischen» Rechtsprechung Tessili und vermerkt (nach einer etwas verwirrenden Gegenüberstellung der Hypothesen), in der Lehre sei umstritten, ob dem Kläger zwischen dem tatsächlichen und dem rechtlichen Erfüllungsort ein Wahlrecht zusteht oder ob er im Fall der tatsächlichen Erfüllung an den entsprechenden Ort der effektiven Leistung gebunden ist (E. 3.1).⁹¹⁷

«Cette controverse peut toutefois demeurer indécise, dans la mesure où elle ne joue aucun rôle en l'espèce. En effet, comme précédemment exposé, l'art. 5 ch. 1 CL ne désigne pas directement le «lieu où l'exécution qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée», mais comporte un renvoi au droit matériel régissant la cause. Ainsi, qu'il s'agisse du lieu où la prestation doit être exécutée ou, s'agissant comme en l'espèce d'une prestation qui a déjà été effectuée, de celui où elle a été exécutée, le juge doit appliquer son droit international privé pour déterminer le lieu d'exécution au sens de l'art. 5 ch. 1 CL.»⁹¹⁸

Das BGER lässt die Frage aber nur nominal offen. Nach dem letzten zitierten Satz stellt es in jedem Fall auf eine normative Bestimmung über das IPR und das anwendbare materielle Recht ab. Eine rechtliche Bestimmung des Erfüllungsorts findet mithin auch nach erfolgter Erfüllung statt – kein materielles Privatrecht sieht

912 DONZALLAZ, N 4735, N 4807.

913 VALLONI 274; KLEMM 72. Die Vereinbarung über den Erfüllungsort muss im Übrigen nicht notwendigerweise demselben Recht unterstehen wie der übrige Vertrag sondern kann auf einem Nebenstatut beruhen; dazu DONZALLAZ, N 4735, N 4740 f.

914 VALLONI 268; LEIBLE, Art. 5 n 42; vgl. KROPHOLLER, Art. 5 N 34.

915 VALLONI (268 ff.) spricht von «rechtlichem» und «realem», LEIBLE (Zivilprozessrecht, Art. 5 N 42) und KROPHOLLER (Art. 5 N 34) sprechen von «rechtlichem» und «tatsächlichem» Erfüllungsort.

916 Hervorhebung durch den Verfasser; VALLONI 269.

917 KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N 22 zu Art. 113 IPRG ist für die erste Lösung; DUTOIT, Droit international privé, Art. 113 N 5; DONZALLAZ, N 4721; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 42 und KROPHOLLER, Art. 5 N 34, N 47 (betr. EuGVO) sind für die zweite Lösung.

918 BGE 4C.4/2005 vom 16.6.2005 E 3.1.

eine faktische und einseitige Bestimmung des Erfüllungsorts durch den Schuldner vor.

Selbstverständlich ist aber eine Änderung des normativen Erfüllungsorts aufgrund einer konkludenten Änderungsvereinbarung nach materiellem Recht möglich.⁹¹⁹ Erfüllt der Schuldner an einem anderen Ort als nach Vertrag vorgesehen, und akzeptiert dies der Gläubiger durch Annahme der Leistung an diesem Ort, so liegt i.d.R. eine Vertragsänderung vor.⁹²⁰ Damit wird der normative Erfüllungsort aber nicht zum faktischen Erfüllungsort.

Bei näherer Betrachtung teilen auch die vom BGer zu Gunsten der «faktischen» Lösung angeführten Autoren KROPHOLLER und DONZALLAZ sowie eine Reihe andere Autoren die normative Auffassung des BGer. Ein tatsächlicher (oder «faktischer») Erfüllungsort ist erst relevant, wenn er vom Gläubiger akzeptiert und damit zum normativen Erfüllungsort wird.⁹²¹ Die Begründung ist darin zu suchen, dass eine einseitige Bestimmung (Manipulation) des Erfüllungsorts durch den Schuldner zu vermeiden ist.⁹²²

Damit bleibt auch kein Raum dafür, dem Kläger neben einem so akzeptierten neuen Erfüllungsort die Wahl des ursprünglich – auf der Basis einer Vereinbarung oder gesetzlich – bestimmten Erfüllungsorts zuzugestehen.⁹²³ Zwar kann zu Gunsten eines Wahlrechts angeführt werden, der Gläubiger, der eine Vertragsleistung in entgegenkommender Weise an einem anderen Ort entgegengenommen habe, könne nicht mit einer gerichtsstands begründenden Wirkung seines Entgegenkommens rechnen.⁹²⁴ Die Besonderheit jeder gerichtsstands begründenden Erfüllungsortvereinbarung besteht jedoch gerade darin, dass der Parteiwille nicht primär auf die Begründung prozessualer Wirkungen gerichtet ist, sondern auf die Begründung eines materiellrechtlichen Erfüllungsorts.⁹²⁵ Insofern unterscheiden sich Änderungsvereinbarung und ursprüngliche Vereinbarung nicht.

919 Zur konkludenten Vereinbarung des Erfüllungsorts vorne § 3B.III.2.c); § 3B.III.2.e).

920 Hinten § 12I.V.3.c)ii); GEHRI 103; VALLONI 268; LEIBLE Art. 5 N 42.

921 DONZALLAZ, N 4721; KROPHOLLER, Art. 5 N 34; LEHNER 118; MANKOWSKI, Art. 5 N 107; vgl. SCHACK, Erfüllungsort, N 339; SCHACK, Zivilverfahrensrecht, N 274, erwähnt denn im Übrigen auch, dass der faktische Erfüllungsort unter dem EuGVÜ keine Bedeutung erlangt habe.

922 «Der tatsächliche Erfüllungsort ist aber nur dann massgebend, wenn der Gläubiger die Leistung an diesem Ort als vertragsgemäss angenommen hat; einseitige Manipulationen des Schuldners (z.B. durch Wohnsitzwechsel) sind also ausgeschlossen»; KROPHOLLER, Art. 5 N 34; ebenso DONZALLAZ, N 4721.; VALLONI 268, m.w.H. Fn. 1355; MARKUS, Zuständigkeitsrecht, 136; vgl. CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 27; vgl. MANKOWSKI, Art. 5 N 107.

923 Was eine – unerwünschte – Vermehrung der Gerichtsstände bedeuten würde; VALLONI 270; vgl. KROPHOLLER, Art. 5 N 34.

924 Vgl. VALLONI 269 f.

925 VALLONI 270. Gegenteiligenfalls kann eine abstrakte, prozessual ausgerichtete Erfüllungsortvereinbarung vorliegen, welcher die gerichtsstands begründende Wirkung versagt wird; dazu hinten § 12I.V.3.b).

V. Kritikpunkte zum Erfüllungsgerichtsstand nach LugÜ/EuGVÜ

Die skizzierten Rechtsprechungen des EuGH i.S. *De Bloos*⁹²⁶ und *Tessili*⁹²⁷ sind die konkreten Ansatzpunkte der Kritik. Es sind sowohl solche der *Zuständigkeitsgerechtigkeit* wie auch der *Verfahrensökonomie*.

Zu kritisieren ist v.a. die Rechtsprechung *De Bloos*, weil sie die *Zahlungsverpflichtung* als massgebliche Verpflichtung zur Bestimmung des Gerichtsstands zulässt. Der Gerichtsstand am Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung ist bereits im Ansatz *beziehungsarm*,⁹²⁸ weil die Zahlungsklage des Verkäufers oder des Unternehmers meist vor dem Hintergrund der (behauptungsweise) mangelhaften Gegenleistung – der Sachleistung – erfolgt.⁹²⁹ Auch wenn die Zahlungsverpflichtung der Klage der Verkäuferin formell zugrunde liegt, so ist die vertragscharakteristische Sachverpflichtung doch oft die *umstrittene* Verpflichtung.⁹³⁰

Zusätzliche Nahrung erhält die Kritik am Zahlungsgerichtsstand auch durch die *Zufälligkeit des Resultats seiner Bestimmung*.⁹³¹ Die Zahlungsverpflichtung ist in den anwendbaren nationalen Rechtsordnungen teils als Bringschuld, teils als Holschuld ausgestaltet.⁹³² Im Fall einer Bringschuld ergibt sich in Verbindung mit der EuGH-Rechtsprechung *Tessili* regelmässig ein *forum actoris* des Verkäufers oder Unternehmers für die Zahlungsverpflichtung und damit eine prozessuale Bevorzugung dieser Partei.⁹³³ Der EuGH und das BGer haben entschieden, dass neben dem anwendbaren nationalen Vertragsrecht auch Einheitskaufrecht (das CISG oder das Haager Einheitliche Kaufrecht⁹³⁴) zur Ermittlung des Erfüllungsorts herangezogen werden kann, sofern es als materielles Recht anwendbar ist.⁹³⁵ Vor dem Hintergrund der Entscheidung *Tessili*, die generell auf das materiell anwendbare Recht abstellt, ist dies durchaus konsequent.⁹³⁶ Weil indessen das CISG

926 EuGH v. 6. 10. 1976 *De Bloos*, Rs. 14/76, Slg. 1976, 1497

927 EuGH v. 6. 10. 1976 *Tessili*, Rs. 12/76.

928 Zur Sach- Beweis- und Rechtsnähe vgl. hinten § 12J.IV.2.

929 GA LENZ, Nr. 72; RAUSCHER 213; DONZALLAZ, N 4790 ff.; VON OVERBECK 297; MARKUS, Hauptpunkte, 210 Anm. 40.

930 GA LENZ, Nr. 72.

931 NEWTON 123; vgl. DONZALLAZ, N 4824.

932 Vorne § 3B.IV.2.

933 GA LENZ, Nr. 33. Diesbezügliche Kritik am Erfüllungsortsgerichtsstand: SCHACK, Erfüllungsort, N 331 ff.; KROPHOLLER, Art. 5 N 23; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, N 532 ff.; DONZALLAZ, *for*, 381 ff.; DONZALLAZ, N 4805 ff.; MEZGER 346; PÁLSSON 259, 276; BROGGINI, Vertragserfüllung, 126; JAMETTI GREINER, Revision, 1137; SCHWENZER, Gerichtsstand, 275 f.; VALLONI 249; BAJONS 20 ff.; JUNKER 571; VON OVERBECK 287 ff.

934 Haager Übereinkommen vom 1. 7. 1964 zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen. Dieses Übereinkommen wurde zusammen mit dem Haager Übereinkommen zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen durch das CISG abgelöst (Art. 99 CISG).

935 EuGH v. 29. 6. 1994 *Custom Made Commercial*, Rs. 288/92; BGE 122 III 43.

936 VALLONI 266 f.; dagegen KROPHOLLER, Art. 5 N 23; DONZALLAZ, N 4784 ff.; letzterer mit dem Argument, das CISG sei nicht geschaffen worden, um einen Gerichtsstand begründen zu können

(wie das Haager Einheitliche Kaufrecht) die Zahlungsverpflichtung als Bringschuld konzipiert,⁹³⁷ leistete dieser Entscheid der erwähnten Kritik noch Vorschub in quantitativer Hinsicht.⁹³⁸

Die Kritik geht indessen nicht nur gegen den Zahlungsgerichtsstand im Zusammenhang mit einer Bringschuld. Bei einer Ausgestaltung der Geldschuld als Holschuld wird die Rechtsprechung ebenfalls kritisiert. In einer Reihe von EuGH-Entscheidungen zum (Allein-) Vertriebsvertrag⁹³⁹ stand der Gerichtsstand für eine Zahlungsklage des Händlers zu Diskussion. Ist die Provisions- oder Schadensersatzforderung des Händlers als Holschuld ausgestaltet, so führt dies zu einem Gerichtsstand des Geschäftsherrn, der in häufigen Fällen beziehungsarm ist.⁹⁴⁰ In diesen Fällen geht also die Kritik dahin, dass gerade *kein forum actoris* zur Verfügung steht. Diese Bemängelung des Konzepts aus diametral entgegengesetzten Richtungen erstaunt nur auf den ersten Blick, denn der gemeinsame Nenner der Kritik ist bei der allgemein fehlenden Sach- und Beweisnähe⁹⁴¹ des Zahlungsgerichtsstands zu finden. Würde vorliegend der Gerichtsstand aufgrund der vertragscharakteristischen Leistung des Händlers bestimmt, so wäre die Sach- und Beweisnähe des Gerichtsstands i.d.R. gewährleistet.⁹⁴²

Aus der Rechtsprechung De Bloss ergibt sich im Zusammenspiel mit der Rechtsprechung Tessili eine unübersichtliche *Aufteilung und Vermehrung* (Zersplitterung) von Verfahren innerhalb eines einheitlichen Vertragsverhältnisses,⁹⁴³ was die *Voraussehbarkeit* des Forums beeinträchtigt und zu einer frühen Anhängigmachung der Klage im Sinne eines *forum running* der Parteien einlädt.⁹⁴⁴

(vgl. auch GA LENZ in EuGH v. 29.6.1994 Custom Made Commercial, Rs. 288/92). Dem ist entgegenzuhalten, dass auch die nationalen materiellen Rechte nicht dazu geschaffen worden sind. Eine Eigenheit des vorliegenden Konzepts besteht gerade darin, dass sich das Prozessrecht des materiellen Rechts zur Lösung der Gerichtsstandsproblematik bedient, ohne auf dessen unmittelbare Zweckbestimmung abzustellen.

937 Vorne § 4B.II.4.b).

938 KROPHOLLER, Art. 5 N 25; SCHWENZER, AJP 1996, 1050 ff.

939 EuGH v. 6.10.1976 De Bloos, Rs. 14/76; EuGH v. 8.3.1988 Arcado, Rs. 9/87; EuGH v. 5.10.1999 Leathertex, Rs. 420/97.

940 Ausführlich BAJONS 54 ff., m.w.H.; vgl. hinten § 12J.IV.2. Der EuGH löste die Problematik allein betreffend den Arbeitsvertrag, wo ausschliesslich an der (vertragscharakteristischen) Arbeitsverpflichtung anknüpft (EuGH v. 26.5.1982 Ivenel, Rs. 133/81).

941 Vgl. GA BOT, Nr. 70 ff.

942 Das Zurückhalten der Provisionen oder Entschädigungen durch den Geschäftsherrn hat häufig eine behauptete, vom Händler zu verantwortende Leistungsstörung zur Ursache. Zur nicht unumstrittenen Bestimmung der charakteristischen Leistung beim Alleinvertriebsvertrag hinten § 12H. III.2 und Fn. 1084, 1085.

943 KROPHOLLER, Art. 5 N 23; GA BOT, Nr. 55 ff.; DONZALLAZ, for, 396; DROZ, Rev. crit. dr. int. privé 1976, 117; DROZ 351 ff.; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 131, 175; vgl. PÅLSSON 269 ff.; vgl. auch die Kritik in BGE 124 III 188 E 4.b

944 DONZALLAZ, N 4823.

Vor allem verbunden mit der Rechtsprechung Tessili wird schliesslich die *Komplexität* einer Gerichtsstandsvorschrift gerügt, die den Richter dazu anhält, über sein IPR im möglicherweise ausländischen materiellen Recht nach den dort enthaltenen, z.T. schwer vorausschbaren Lösungen zu suchen.⁹⁴⁵ Schliesslich ist die Problematik der drohenden *positiven oder negativen Kompetenzkonflikte* zu erwähnen, welche durch uneinheitliches IPR im Verein mit uneinheitlichen materiellrechtlichen Lösungen, die v.a. beim Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung zu verzeichnen sind, hervorgerufen werden können.⁹⁴⁶

VI. Behandlung der Kritikpunkte in der Revision

Die Anwendungsprobleme hatten sich bei einer starken Minderheit der Delegationen in der EU-EFTA-Arbeitsgruppe mit der Einsicht verbunden, dass der Vertragsgerichtsstand im Grunde entbehrlich sei und ersatzlos gestrichen werden könne. In seinem vorwiegend kaufmännischen Bereich deckt die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung den Bedarf nach einer vom Wohnsitzgerichtsstand abweichenden Zuständigkeit ausreichend ab.⁹⁴⁷ Weil aber für eine Streichung keine Einigung in Sicht war, verlegte sich die EU-EFTA-Arbeitsgruppe darauf, den Vertragsgerichtsstand gegenüber der heutigen Situation *einzuschränken*. Einschränkungen und Änderungen des Textes sollten nach dem Willen der Arbeitsgruppe nur behutsam vorgenommen werden.⁹⁴⁸ Diese Bemühungen zur Einschränkung konzentrierten sich auf den Erfüllungsort der *Zahlungsverpflichtung*.⁹⁴⁹

Der Vorschlag, den Zahlungsgerichtsstand völlig auszuschalten, und für alle aus dem Vertrag fliessenden Ansprüche allein auf den Erfüllungsort der charakteristischen Verpflichtung abzustellen,⁹⁵⁰ blieb in der Revision indessen nicht ohne Widerspruch. Der Begriff der vertragscharakteristischen Verpflichtung bereitete einigen Delegationen Mühe. Ausserdem wurde moniert, es sei bei komplexen Verträgen schwierig, die charakteristische Leistung festzustellen. Insbesondere wurde befürchtet das Kriterium der vertragscharakteristischen Leistung sei nur

945 GA RUIZ-JARABO Nr. 28 ff.; 95 ff.; GA LÉGER Nr. 109 ff.; SCHACK, Zivilverfahrensrecht, N 271; KROPHOLLER, Art. 5 N 23; JUNKER 569, 571; GSELL 484; VON OVERBECK 294 ff.; DONZALLAZ, N 4806.

946 DONZALLAZ N 4816; vgl. GSELL 486; dazu vorne; § 5; § 6; und hinten § 12J.IV.1.c)iii).

947 Vgl. RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 173 f.

948 POCAR, Draft Report, Nr. 49.

949 POCAR, Draft Report, Nr. 47 ff.

950 Vorschlag der Schweiz (Verhandlungsdokument des Rates v. 26.3.1998 JUSTCIV 24; Im Verhandlungsdokument des Rates v. 11.11.1998 JUSTCIV 52 Art. 5 Option 2 figuriert ein weiterer schweizerischer Vorschlag, der den Begriff der charakteristischen Leistung beispielhaft umschreibt (siehe hinten Fn. 1056).

schwer auf sämtliche Vertragstypen und Innominatverträge anwendbar.⁹⁵¹ Dahinter war aber auch das politische Motiv eines exportorientierten Staates erkennbar, das *forum actoris* des Verkäufers zu bewahren.⁹⁵²

Auch dieser Widerstände wegen blieb die EuGH-Rechtsprechung Tessili⁹⁵³ in den weiteren Diskussionen im Hintergrund. Das wird im offiziellen Bericht POCAR reflektiert, der eine Bezugnahme auf das auf den Vertrag anwendbare Recht weiterhin vorsieht.⁹⁵⁴ Ein weiterer Grund dafür, dass die Problematik der Bestimmungsgrundlage des Erfüllungsorts weitgehend beiseite gelassen wurde, kann auch in der im Raum stehenden Abschaffung der Rechtsprechung De Bloos⁹⁵⁵ bzw. des Zahlungsgerichtsstands gesehen werden. Einerseits bestand die Aussicht, darauf gestützt bereits einen Grossteil der Anwendungsprobleme – v.a. Beziehungsarmut, Zufälligkeit und Aufteilung der Gerichtsstände – zu beseitigen. Andererseits gestaltete sich die diesbezügliche gesetzgeberische Bereinigung steinig und nahm die Verhandlungskapazität zum Vertragsgerichtsstand nahezu in vollen Anspruch. Bis zuletzt war der Ausgang der Verhandlungen zum Vertragsgerichtsstand denn auch ungewiss; der vorliegende Text ist ein Kompromiss am Ende des letzten Verhandlungstags.⁹⁵⁶

Schliesslich taten auch die hängigen EuGH-Verfahren Concorde⁹⁵⁷ und Leathertex⁹⁵⁸ das ihrige dazu; in diesen Verfahren hatten die Generalanwälte⁹⁵⁹ bereits eine Abkehr von den Rechtsprechungen Tessili und De Bloos gefordert. In der Folge spielte der EuGH aber den Ball zurück, indem er auf die laufende Revision des EuGVÜ verwies.⁹⁶⁰

D. Bedeutung, Einordnung und räumlicher Anwendungsbereich

Der Vertragsgerichtsstand ist ein *besonderer Gerichtsstand*,⁹⁶¹ der dem Kläger wahlweise neben dem allgemeinen Beklagtengerichtsstand des Art. 2 LugÜ und

951 POCAR, Draft Report, Nr. 48; MICKLITZ/ROTT 329.

952 Vgl. KOHLER, Revision, 16.

953 EuGH v. 6. 10. 1976 Tessili, Rs. 12/76.

954 POCAR, Draft Report, Nr. 51.

955 EuGH v. 6. 10. 1976 De Bloos, Rs. 14/76.

956 JAMETTI GREINER, Revision, 1137.

957 EuGH v. 28. 9. 1999 Concorde, Rs. C-440/97; bestätigt in EuGH v. 19. 2. 2002 Besix, Rs. C-256/00.

958 EuGH v. 5. 10. 1999 Leathertex, Rs. 420/97.

959 Mit grossem Nachdruck GA RUIZ-JARABO; vgl. auch GA LÉGER.

960 EuGH v. 28. 9. 1999 Concorde, Rs. C-440/97, N 21.

961 Der Vertragsgerichtsstand steht neben den weiteren besonderen Gerichtsständen, so insbesondere dem *forum delicti commissi* nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ/EuGVÜ und rev. LugÜ/EuGVO (dazu VAL-LONI 73 ff.).

rev. LugÜ/EuGVO zur Verfügung steht.⁹⁶² Bei internationalen Sachverhalten ist es nicht angemessen, sämtliche Zuständigkeitsinteressen an einem einzigen *forum*, dem Wohnsitz des Beklagten, zu konzentrieren.⁹⁶³ Als besonderer, vom konkreten Streitgegenstand abhängiger und vermutungsweise sachnaher⁹⁶⁴ Gerichtsstand bietet der Vertragsgerichtsstand für die Klägerin eine Alternative zum Beklagtengerichtsstand, die sie etwa dann wählen wird, wenn er örtlich näher liegt als der Beklagtengerichtsstand.⁹⁶⁵ Diese Alternative wird in der Praxis jedenfalls rege genutzt, der Vertragsgerichtsstand ist die praktisch bedeutsamste besondere Zuständigkeit der LugÜ/EuGVÜ und der EuGVO.⁹⁶⁶

Art. 5 Ziff. 1 LugÜ und rev. LugÜ/EuGVO regeln die *internationale und die örtliche Zuständigkeit* zugleich.⁹⁶⁷ Dies steht im Gegensatz zu Art. 2 LugÜ/EuGVÜ und rev. LugÜ/EuGVO, der alleine die internationale Zuständigkeit eines Gerichtsstaats bestimmt, und die örtliche Zuständigkeit dem internen Recht des Gerichtsstaats überlässt.⁹⁶⁸

Die *besonderen Regeln* über den Verbraucher-, den Versicherungs- und den Arbeitsvertrag gehen dem «allgemeinen» Vertragsgerichtsstand vor; in diesen Bereichen ist er nicht anwendbar.⁹⁶⁹ Die arbeitsrechtliche Zuständigkeit am gewöhnlichen Arbeitsort des Arbeitnehmers wurde aus Art. 5 Ziff. 1 LugÜ/EuGVÜ ausgegliedert und in einem eigenen, neu geschaffenen Abschnitt geregelt. Die materielle Neuerung gegenüber dem LugÜ besteht im Wesentlichen darin, dass der Gerichtsstand am gewöhnlichen Arbeitsort einzig dem Arbeitnehmer zur Verfügung steht, während der Arbeitgeber regelmässig am Wohnsitz des Arbeitnehmers klagen muss.⁹⁷⁰

Was den *räumlichen Anwendungsbereich* betrifft, so müssen sich Gerichtsstaat des Erfüllungsorts und der Wohnsitzstaat des Beklagten in zwei verschiedenen Staaten befinden, die beide an das rev. LugÜ/EuGVO gebunden sind, damit der Vertragsgerichtsstand zur Anwendung kommen kann.⁹⁷¹

962 FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM 32 f. Befindet sich der Erfüllungsort aber im Wohnsitzstaat des Beklagten, so ist alleine Art. 2 massgeblich; KROPHOLLER, Art. 5 N 4; vgl. BGE 131 III 76 E 3.

963 VALLONI 147. Wie erwähnt, entlastet im vorliegenden Bereich aber bereits die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung den Beklagtenwohnsitz (vorne § 12C.VI).

964 RODRIGUEZ 69; VALLONI 147.

965 RODRIGUEZ 71 f.; vgl. VALLONI 38. Zu den z.T. entgegengesetzten und z.T. gleichlaufenden Parteiinteressen beim Vertragsgerichtsstand hinten § 12J.IV.3.

966 KROPHOLLER, Art. 5 N 1.

967 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 4.

968 SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, Art. 2 N 1.

969 Art. 8 ff., Art. 15 ff., Art. 18 ff.

970 MARKUS, Hauptpunkte, 207; BAJONS 16; zur neuen Regelung des Arbeitsvertrags FURRER/SCHRAMM, Zuständigkeitsprobleme, 114 ff.

971 *Chapeau* Art. 5 rev. LugÜ/EuGVO; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 5; EuGH v. 15.2.1989 Six Constructions, Rs. 32/88; vgl. hinten § 12K.II. Zusätzlich von einem rein lokalen Anwendungsbereich des Vertragsgerichtsstands im Wohnsitzstaat ausgehend GEHRI, 198. Zur Annahme der Internationalität und damit der Anwendung der Instrumente an sich reicht im Übrigen ein Er-

E. Text und Aufbau des Art. 5 Ziff. 1

Eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, kann in einem anderen Mitgliedstaat verklagt werden:

1. a) 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;
- b) im Sinne dieser Vorschrift – und sofern nichts anderes vereinbart worden ist – ist der Erfüllungsort der Verpflichtung
 - für den Verkauf beweglicher Sachen der Ort in einem Mitgliedstaat, an dem sie nach dem Vertrag geliefert worden sind oder hätten geliefert werden müssen;
 - für die Erbringung von Dienstleistungen der Ort in einem Mitgliedstaat, an dem sie nach dem Vertrag erbracht worden sind oder hätten erbracht werden müssen;
- c) ist Buchstabe b) nicht anwendbar, so gilt Buchstabe a);

Der Text ist eine Zusammenführung der erwähnten⁹⁷² Vorschläge, allein auf die vertragscharakteristische Leistung abzustellen (Ziff. lit. b), mit dem bisherigen Text der LugÜ/EuGVÜ. *Ziff. 1 lit. a* ist nämlich wörtlich der bestehenden Regelung des LugÜ entnommen (zum Regelungsgehalt der lit. a hinten § 12K.I).

Lit. b bezeichnet «im Sinne dieser Vorschrift» (lit. a) die zur Bestimmung des Erfüllungsorts massgeblichen Leistungen beim Warenkauf- und Dienstleistungsvertrag und regelt deren Erfüllungsorte. Es handelt sich dabei um die charakteristischen Leistungen der vorliegenden Vertragstypen.⁹⁷³ Prima vista erscheint demnach lit. b als eine Präzisierung der lit. a bzw. eine Erweiterung des Textes um zwei konkretisierende Beispiele.⁹⁷⁴ Diese Lesart entspräche denn auch der Absicht der EU-EFTA-Arbeitsgruppe, keine radikalen Änderungen des bestehenden Textes vorzunehmen.⁹⁷⁵

Die Lektüre der *lit. c* macht diesen Eindruck zunichte. Sie versucht, das Verhältnis zwischen den beiden vorangehenden Ziffern auf andere Weise zu klären: Lit. b wird zur Haupt- und lit. a zur Auffangregel.⁹⁷⁶

Daraus offenbart sich unschwer, dass der Vertragsgerichtsstand kein Meisterwerk der Gesetzesredaktion ist. Abgesehen von der «falschen» Reihenfolge der Absätze ist der besprochene Wortlaut der Einführung «... im Sinne dieser Vorschrift ...» ein Stolperstein für den Leser.

füllungsort in einem Staat aus, der nicht an das Instrument gebunden ist: EuGH v. 1.3.2005 Owusu, Rs. C-281/02.

972 Vorne § 12C.VI, hinten § 12H.II.

973 POCAR, Draft Report, Nr. 50.

974 Vgl. KROPHOLLER/VON HINDEN 406; vgl. hinten § 12H.III.1.

975 POCAR, Draft Report, Nr. 49.

976 KROPHOLLER, Art. 5 N 28; JUNKER 572; vgl. JEGHER 123; MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 321 f.; dazu auch hinten § 12K.I.

F. Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag

Die Gerichtsstandsregel greift bei Streitigkeiten, die einen *Vertrag* oder *Ansprüche aus einem Vertrag* betreffen. Damit wird der *sachliche Anwendungsbereich* des Vertragsgerichtsstands bestimmt. Wie erwähnt, sind allerdings nicht alle Verträge umfasst. Versicherungs- und Verbraucherverträge unterfallen speziellen Regeln, die Art. 5 Ziff. 1 EuGVO/rev. LugÜ vorgehen;⁹⁷⁷ auch der Arbeitsvertrag ist Gegenstand einer eigenen Normierung.⁹⁷⁸ Schliesslich werden Miet- und Pachtverträge betreffend Immobilien von Art. 22 Ziff. 1 EuGVO/rev. LugÜ erfasst.

Entsprechend gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsprinzipien sind die Begriffe des «Vertrags» oder der «Ansprüche aus einem Vertrag» und die vorstehend erwähnten Abgrenzungen *instrumentsautonom* zu qualifizieren.⁹⁷⁹ Daran hat die Revision nichts geändert. Der relevante Sachverhalt ist also unmittelbar unter die erwähnten Begriffe zu subsumieren, ohne Zwischenschaltung einer nationalrechtlichen Terminologie.⁹⁸⁰ Das sichert einen einheitlichen Anwendungsbereich der Gerichtsstandsnorm und hilft, positive oder negative Kompetenzkonflikte zu vermeiden.⁹⁸¹ Angesichts der Unterschiede in diesen Rechtsordnungen ergibt sich dabei aber zwangsläufig, dass die autonome Qualifikation fallweise breiter oder auch schmäler als die nationalrechtliche ausfällt.⁹⁸²

Insgesamt gibt der EuGH den Begriffen «Vertrag» oder «Ansprüche aus einem Vertrag» eine weite Auslegung.⁹⁸³ Damit wird vermieden, dass zwischen der vertraglichen und der deliktischen Zuständigkeit zu grosse Lücken verbleiben.⁹⁸⁴ Dies kontrastiert mit dem andernorts verkündeten Grundsatz des EuGH, wonach die besonderen Zuständigkeiten als Ausnahmen gegenüber der allgemeinen Wohnsitzzuständigkeit restriktiv auszulegen sind.⁹⁸⁵ Wie den nachstehenden Ausführungen entnommen werden kann, hat der EuGH indessen unter den LugÜ/EuGVÜ von dieser Zurückhaltung keinen Gebrauch gemacht, was die Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs betrifft.⁹⁸⁶

977 Zur Abgrenzung nach EuGVO MARKUS, Konsumentenzuständigkeiten, 182 ff.; RÖSLER/SIEPMANN, Präzisierung, 77 ff.; RÖSLER/SIEPMANN, Gerichtsstand, 497 ff.; JUNKER 573; SLONINA 749 ff.

978 Art. 8 ff., Art. 15 ff., Art. 18 ff. (vgl. FURRER/SCHRAMM, Zuständigkeitsprobleme, 114 ff.).

979 Vgl. vorstehend § 12B.I; EuGH v. 20.1.2005 Engler, Rs. C-27/02, N 33, m.w.H.; EuGH v. 22.3.1983 Peters, Rs. 34/82; VALLONI 170 ff.; KROPHOLLER, Art. 5 N 5 ff.; MARTINY, Zuständigkeit, 644 ff.; DONZALLAZ, N 4404.

980 EuGH v. 22.3.1983 Peters, Rs. 34/82, Nr. 10.

981 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 16; relativierend BERTI 12 ff.

982 MARTINY, Zuständigkeit, 667.

983 EuGH v. 20.1.2005 Engler, Rs. C-27/02, Nr. 48; vgl. LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 n 20.

984 KROPHOLLER, Art. 5 N 6.

985 EuGH v. 17.6.1992 Handte, Rs. 26/91, Nr. 14; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 117 ff.

986 Die Rechtsprechung EuGH v. 19.2.2002 Besix, Rs. C-256/00 ist weniger ein diesbezügliches Signal als die Folge der logischen Unmöglichkeit, bei einer örtlich unbegrenzten Unterlassungspflicht Gerichtsstände in sämtlichen Vertragsstaaten aufleben zu lassen (z.T. a.M. RODRIGUEZ,

Streitigkeiten über den eigentlichen Bestand des Vertragsverhältnisses werden i.d.R. in den Anwendungsbereich einbezogen.⁹⁸⁷ Damit wird vermieden, dass sich der Beklagte dem Gerichtsstand ohne Weiteres entziehen kann, indem er die Einwendung des nichtigen Vertrags erhebt.⁹⁸⁸

Als Ansprüche aus einem Vertrag⁹⁸⁹ stehen obligationenrechtliche Ansprüche im Vordergrund.⁹⁹⁰ Allerdings können auch vereins- oder gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen darunter fallen, sofern sie nicht den Bestand der Korporation betreffen.⁹⁹¹

Die Grenze des Gerichtsstands liegt bei den Tatbeständen, in welchen keine vertraglichen Verpflichtungen zwischen den Parteien auszumachen sind.⁹⁹² Umgekehrt formuliert greift der Erfüllungsgerichtsstand erst, sobald es um eine von einer Partei gegenüber der anderen – grundsätzlich freiwillig – eingegangene Verpflichtung geht.⁹⁹³ Deren Vorhandensein wird für die Zwecke des Gerichtsstandsrechts im Zweifelsfall bejaht.⁹⁹⁴ Das gilt auch für eine ungebetene Sendung an ausgewählte Empfänger, in welcher diese – unabhängig von einer Warenbestellung – als Gewinner eines Preises bezeichnet werden.⁹⁹⁵

Die Abgrenzungslinie gegenüber nicht vertraglichen Tatbeständen ist nicht einfach und bedarf weiterer Konkretisierungen durch die Rechtsprechung.⁹⁹⁶ Als vertragliche Streitigkeiten sind jedenfalls Streitigkeiten über sekundäre Verpflicht-

Beklagtenwohnsitz, 178). Eine Zurückhaltung des EuGH ist im Übrigen ebensowenig zu beobachten, was die Vermehrung der Vertragsgerichtsstände unter der Rechtsprechung De Bloos (EuGH v. 6. 10. 1976, Rs. 14/76) betrifft (RODRIGUEZ, Beklagtengerichtsstand, 175; vorne § 12C. IV.1; § 12C.V). In dieser Hinsicht hat er seinem Grundsatz erst mit der Rechtsprechung EuGH v. 3. 5. 2007 Color Drack, Rs. C-386/05 Rechnung getragen (hinten § 12H.III).

987 EuGH v. 4. 3. 1982 Effer/Kantner, Rs. 38/81; KROPHOLLER, Art. 5 N 8; vgl. EuGH v. 20. 1. 2005 Engler, Rs. C-27/02, N 45; DUTOIT, Guide, N 46. Es sei denn, es bestehe offensichtlich keine vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien (VALLONI 208; ähnlich SIEHR, IPR, 242).

988 EuGH v. 4. 3. 1982 Effer/Kantner, Rs. 38/81, N 7; KROPHOLLER, Art. 5 N 8.

989 Dazu umfassend DONZALLAZ, N 4402 ff.; VALLONI 170 ff.

990 Zum umstrittenen Einbezug sachenrechtlicher Verträge nach deutschem Recht (z.B. bei Übertragung von Mobilien nach Abstraktionsprinzip): MARTINY, Zuständigkeit, 651.

991 EuGH v. 22. 3. 1983 Peters, Rs. 34/82; EuGH v. 10. 3. 1992 Powell Duffryn, Rs. 214/89; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 25. Andernfalls greift Art. 22 Ziff. 2 rev. LugÜ/EuGVO.

992 KROPHOLLER, Art. 5 N 16.

993 EuGH v. 17. 6. 1992 Handte, Rs. C-26/91, Nr. 15; EuGH v. 27. 10. 1998 Réunion européenne, Rs. C-51/97, Nr. 17; Dazu MARTINY, Zuständigkeit, 649 f.; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 18 f. VALLONI 183 ff.

994 Extensive Beurteilung der freiwillig eingegangenen Verpflichtung EuGH v. 3. 4. 2004 Frahuil, Rs. C-265/02; dazu DIETZE/SCHNICHEL 553 f.; KILLIAS, Rechtsprechung, 690 ff.; JAYME/KOHLER, Europäisches Kollisionsrecht 2004, 487; FURRER/SCHRAMM, Zuständigkeitsprobleme, 107 f.

995 EuGH v. 20. 1. 2005 Engler, Rs. C-27/02, N 50 ff.; BGH v. 1. 12. 2005, Rs. III ZR 191/03 (=IPRax 2006, 602 ff.); dazu SLONINA 748 f.; WALTER, IZPR, 190. Zur Abgrenzung gegenüber Art. 13 EuGVÜ resp. Art. 15 EuGVO: OBERHAMMER/SLONINA 425 ff., 432 ff.; SLONINA 749 ff.

996 RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 151.

tungen bei Erfüllungsstörungen zu beurteilen,⁹⁹⁷ ebenso wie Ansprüche aus Rückabwicklung eines wegen Willensmängeln erfolgreich angefochtenen, *ex tunc* nichtigen Vertrags.⁹⁹⁸ Andere bereicherungsrechtliche Ansprüche fallen aber im Allgemeinen ausserhalb des Dispositivs.⁹⁹⁹

In der EuGH-Entscheidung Tacconi¹⁰⁰⁰ wird ein Streit um Schadenersatz wegen Nichtzustandekommens eines Vertrags dem deliktischen Gerichtsstand Art. 5 Ziff. 3 EuGVÜ unterstellt. Die Haltung des EuGH steht im Gegensatz zu Lehrmeinungen des schweizerischen und des deutschen IZPR, welche Ansprüche aus *culpa in contrahendo* z.B. generell im Bereich des Vertragsgerichtsstands ansiedeln wollen.¹⁰⁰¹

Beim Hinzutreten von Dritten kann es an der vertraglichen Verbindung der Parteien fehlen, so dass der Gerichtsstand nicht zur Verfügung steht. Dies ist z.B. der Fall bei der Produkthaftpflichtklage gegen den Hersteller, der nicht Vertragspartner ist. Ist der Anspruch indessen durch Zession oder gesetzliche Subrogation übergegangen, so ist kein Dritter hinzugetreten, sondern der Zessionar für den ursprünglichen Vertragspartner eingerückt, so dass der Gerichtsstand die Verpflichtung wie eine Gerichtsstandsvereinbarung¹⁰⁰² sozusagen als Nebenrecht «begleitet».¹⁰⁰³ In dieser Weise wurde auch der Anspruch einer Versicherung gegen den Besteller beurteilt, auf die ein werkvertraglicher Anspruch des Unternehmers gegen den Besteller mittels Legalzession übergegangen ist.¹⁰⁰⁴

G. Warenkauf- und Dienstleistungsvertrag (Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO)

Rev. LugÜ/EuGVO schaffen innerhalb des vertragsrechtlichen Verweisungsbegriffs eine Unterteilung in Art 5 Ziff. 1 lit. b. Bei *Kaufverträgen betreffend beweglicher Sachen und Dienstleistungsverträgen* gilt lit. b, bei den übrigen Verträgen

997 EuGH v. 6.10.1976 De Bloos/Bouyer, Rs 14/76; KROPHOLLER, Art. 5 N 14; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 30.

998 MARTINY, Zuständigkeit, 654; BAJONS 52; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 30.

999 RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, N 501.

1000 EuGH v. 17.9.2002 Tacconi SpA, Rs. 334/00.

1001 KELLER/KREN KOSTKIEWICZ Art. 112 N 7; differenzierend im IPR: Art. 117 N 197 ff.; ausführlich HENK, *passim* und LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 27; für den Einschluss der c.i.c-Haftung MARTINY, Zuständigkeit, 653 f. Zum Umfang der vertragsrechtlichen Qualifikation und zu weiteren Abgrenzungsfragen MARTINY, Zuständigkeit, 654 ff.;

1002 Dazu BUCHER, OR AT, 572.

1003 MARTINY, Zuständigkeit, 661; betr. Legalzession unter der EuGVO öst. OGH v. 11.5.2005, Rs. 9 Ob 104/04s.

1004 OGH v. 11.5.2005 9Ob 104/04s (IPRax 2006, 489); HAU, Rückforderungsklagen, 508; dazu LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 9.

gilt lit. a.¹⁰⁰⁵ Auch die vorliegenden Begriffe sind instrumentsautonom zu definieren¹⁰⁰⁶ - dies folgt bereits daraus, dass die übergeordneten Begriffe «Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag» in dieser Weise zu bestimmen sind.¹⁰⁰⁷

Der «Verkauf beweglicher Sachen» entspricht dem *Warenkauf* (Englisch: *sale of goods*) und kann sich daher an das CISG¹⁰⁰⁸ und an die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie¹⁰⁰⁹ anlehnen.¹⁰¹⁰ Vorausgesetzt ist der Verkauf körperlicher Sachen, weshalb der Kauf oder die Nutzung von Rechten (Immaterialgüterrechte, Anteile von Gesellschaften) ausserhalb des Anwendungsbereichs der lit. b liegen.¹⁰¹¹

Wichtige Anhaltspunkte zur Auslegung des Begriffs «*Dienstleistungsvertrag*» geben die verschiedenen Normierungen des Gemeinschaftsrechts, welche diesen Begriff verwenden. Ausgangspunkt ist Art. 50 EGV¹⁰¹²; daneben kann Art. 5 Abs. 1 des EVÜ herangezogen werden,¹⁰¹³ ebenso wie die Interpretation, die den Begriffen der «Erbringung einer Dienstleistung» und der «Lieferung beweglicher Sachen» im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 LugÜ/EuGVÜ zuteil geworden ist.¹⁰¹⁴

Konkret sind Dienstleistungen Tätigkeiten, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, und zwar insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche.¹⁰¹⁵ Folgende Vertragstypen seien beispielhaft aufgezählt: Werkvertrag, Hotelunterbringungsvertrag¹⁰¹⁶, Frachtvertrag, diverse Formen des

1005 Auch wenn die Tragweite der Abgrenzung zwischen lit. a und b umstritten ist, so bleibt die Abgrenzung zwischen Warenkauf- und Dienstleistungsverträgen doch nach allen Lehrmeinungen mehr oder minder erheblich (dazu hinten § 12K).

1006 Vgl. BGH v. 2.3.2006, Rs. IX ZR 15/05; OLG Düsseldorf v. 30.1.2004, Rs. I 23 U 70/03 (IHR 3/2004) (108 ff.) 110; OLG Köln v. 14.3.2005, Rs. 16 U 89/04 (RIW 2005, 778 f.); LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 45.

1007 MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 322 f.

1008 MAGNUS, UN-Kaufrecht 47; TAKAHASHI 533; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 214; WURMNEST 112; FERRARI 65; OBERHAMMER, Art. 5 N 38.

1009 Richtlinie (EG) 99/44 v. 25.5.1999.

1010 KROPHOLLER, Art. 5 N 41; Art. 22 N 13; MARKUS, Vertragssgerichtsstand, 323; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 216 f. m.w.H.

1011 KROPHOLLER, Art. 5 N 41; Czernich, Art. 5 N 32; GIRSBERGER, Contracts, 181; vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-FERRARI, Art. 1 N 36; N 38; Kauf von Software, die über einen Träger nutzbar gemacht wird, wird als Kauf beweglicher Sachen betrachtet; die Entwicklung von Individualsoftware u.U. als Dienstleistungsvertrag (vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-FERRARI, Art. 1 N 38).

1012 BGH v. 2.3.06, Rs. IX ZR 15/05, E C.1; OLG Düsseldorf v. 30.1.2004, Rs. I 23 U 70/03, IHR 3/2004 (108 ff.) 110; FURRER/SCHRAMM, Zuständigkeitsprobleme, 137; OBERHAMMER, Art. 5 N 42.

1013 BGH v. 2.3.06, Rs. IX ZR 15/05, E C.1; KROPHOLLER, Art. 5 N 43; vgl. GRUNDMANN, Europäisches Schuldvertragsrecht, 58 f.; FURRER/SCHRAMM, Zuständigkeitsprobleme, 137.

1014 BGH v. 2.3.06, Rs. IX ZR 15/05, E C.1; MARKUS, Hauptpunkte, 211; Markus, Vertragsgerichtsstand, 341; LEIPOLD 446; eingehend zur Definition des Dienstleistungsvertrags im Sinne der EuGVO: MICKLITZ/ROTT 328; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 218; vgl. KROPHOLLER, Art. 5 N 42 ff.

1015 KROPHOLLER, Art. 5 N 44.

1016 Öst. OGH v. 18.11.2003, Rs. 10b63/03a.

Auftrags und die verschiedenen Vermittlungstätigkeiten für Waren, Kredite und Kapitalanlagen, also Kommissionsvertrag, Mäklervertrag, Handelsvertreter-¹⁰¹⁷ und wohl auch Agenturvertrag.¹⁰¹⁸ Entgegen der französischen Cour de cassation¹⁰¹⁹ ist damit insbesondere auch der Alleinvertriebsvertrag einzubeziehen, der einen Hauptgegenstand der bisherigen reichen Judikatur des EuGH zu Art. 5 Ziff. 1 LugÜ/EuGVÜ gebildet hat.¹⁰²⁰

Das Tätigkeitselement ist vorliegend entscheidend, ausgeklammert sind somit z.B. reine Gebrauchsüberlassungen.¹⁰²¹ Dasselbe gilt für zahlreiche Ausgestaltungen des Darlehensvertrags¹⁰²², auch für die Publikumseinlage bei einer Bank¹⁰²³, nicht aber für einen Kontokorrentvertrag oder ein Abwicklungskonto, das in engem Zusammenhang mit einer Vermittlungs- oder Beratungstätigkeit der Bank steht.¹⁰²⁴

Die Unterscheidung zwischen dem Warenkaufs- und dem Dienstleistungsvertrag¹⁰²⁵ kann bei gemischten Verträgen¹⁰²⁶ gewisse Probleme stellen, so beim Werklieferungsvertrag.¹⁰²⁷ Handelt es sich dabei um einen einheitlichen Vertrag, so ist entscheidend, ob die Warenlieferungs- oder die Dienstleistungskomponente

1017 EMDE 507 f.

1018 KROPHOLLER, Art. 5 N 44; unnötig einschränkend öst. OGH v. 17.2.2005, Rs. 10b63/03a; 60b148/04i, welche Entscheidung zusätzlich zur Tätigkeit die Herbeiführung eines faktischen Erfolgs verlangt.

1019 Cour de cassation, première chambre civile v. 23.1.2007 (No 76); kritisch dazu CHEVRIER E., *Actualités Dalloz* (5.2.2007), *Procédure civile*, (Dalloz) 2007.

1020 DUTOIT, *Guide*, N 58; BAJONS 54 ff.; EMDE 508; DE LIND VAN WIJNGAARDEN-MAACK 219; BRIGGS 170; MICKLITZ/ROTT 328.

1021 MARKUS, *Konsumentenzuständigkeiten*, 185.

1022 Schlosser, *EU-Zivilprozessrecht*, Art. 15 N 7; zur Abgrenzung bei Art. 13 EugVÜ/LugÜ SCHLOSSER, *Bericht*, Nr. 57; YVES DONZALLAZ, N 6095, NEUMANN/ROSCHE 257 ff.; MARKUS, *Konsumentenzuständigkeiten*, 185 f.; das Darlehen fällt nicht unter Art. 46 nCPC/F: vorne Fn. 773. Für Betrachtung des Darlehens als Dienstleistung: FURRER/SCHRAMM, *Zuständigkeitsprobleme*, 138; SCHÖBI FELIX, *Konsumkreditnormen im internationalen Vergleich*, unter besonderer Berücksichtigung der EU-Staaten, *Verband schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute*, Tagung vom 6.11.2001, www.vskf.org/de/PKG2A86.pdf, 4, 7 f.

1023 Vgl. Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 LugÜ/EuGVÜ; MARKUS, *Konsumentenzuständigkeiten* 185 f. Gleich wie hier: HAU, *IPRax* 2000, 359; offen gelassen in BGE 133 III 295, E 8.1. Was die Finanzdienstleistungen betrifft, so vertreten MICKLITZ/ROTT 328 und LOOSCHELDERS 14 f. einen breiteren Begriff der «Dienstleistungsverträge» als denjenigen des Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 LugÜ/EuGVÜ. Bei einer Reihe von Kreditformen fehlt es aber jedenfalls am Tätigkeitselement (MARKUS, *Konsumentenzuständigkeiten*, 185 Fn. 37).

1024 BGE 133 III 295, E 8.2; MARKUS, *Konsumentenzuständigkeiten*, 185 Fn. 37.

1025 Vgl. diesbezüglich auch EuGH v. 27.4.1999 *Mietz*, Rs. 99/96, N 32. Im Fall eines Werklieferungsvertrags wird sich i.d.R. ein Erfüllungsort bestimmen lassen, ohne dass die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag überhaupt zu untersuchen wäre (s. auch Art. 3 Abs. 1 CISG).

1026 *Kombinations-/Zwillingsvertrag*; dazu hinten § 12H.III.2.

1027 FURRER/SCHRAMM, *Zuständigkeitsprobleme*, 138; GSELL 487.

überwiegt («Schwerpunkttheorie»);¹⁰²⁸ der Erfüllungsort dieser Leistung ist dann allein massgeblich.¹⁰²⁹ Eine andere Sichtweise will den Werklieferungsvertrag kategorisch als Verkauf beweglicher Sachen einordnen, in Anlehnung an die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie¹⁰³⁰ oder an das CISG.¹⁰³¹ Die Schwerpunkttheorie ist aber zu bevorzugen, denn sie dient der Sach- und Beweisnähe des Gerichtsstands besser.¹⁰³²

Für die Praxis erheblicher ist die Unterscheidung zwischen den Warenkaufs- und Dienstleistungsverträgen und zu den ausserhalb dieser Kategorien stehenden Vertragstypen und Innominatverträgen. Diese – von der Revision neu geschaffenen – Abgrenzungsprobleme sollten in quantitativer Hinsicht jedoch nicht überschätzt werden, weil insgesamt von einem *weiten Verständnis der Warenlieferungs- und Dienstleistungsverträge* ausgegangen werden kann, so dass die meisten in der Praxis vorkommenden Verträge unter diese Kategorie fallen dürften.¹⁰³³ Liegt insbesondere bei einem gemischten Vertrag (Kombinations-/Zwillingsvertrag)¹⁰³⁴ ein Vertragselement ausserhalb der beschriebenen Grenzen, so kann lit. b immer noch Anwendung finden, wenn der Schwerpunkt beim anderen Element des Warenkaufs bzw. der Dienstleistung liegt.¹⁰³⁵ Denn diesfalls ist die vertragscharakteristische Verpflichtung nach wie vor dem Warenkaufs- oder Dienstleistungsvertrag zuzuordnen. Der übereinstimmende Parteiwille bestimmt dann den Schwerpunkt des Vertrages, wobei Wert oder Volumen der Leistungen zu berücksichtigen sind.¹⁰³⁶

H. Massgebliche Verpflichtung: Ansiedlung des Gerichtsstands auf Stufe Vertrag oder Stufe der einzelnen Verpflichtung?

I. Problematik der Bestimmung auf Stufe der einzelnen Verpflichtung

Die EuGH-Rechtsprechung De Bloos¹⁰³⁷ unter dem LugÜ und dem EuGVÜ lässt die *Zahlungsverpflichtung* als massgebliche Verpflichtung zur Bestimmung des

1028 OLG Köln v. 14.3.2005, Rs. 16 U 89/04 (RIW 2005, 778 f.); LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 46; CZERNICH, Erfüllunggerichtsstand, 340; BRUNEAU, Compétence, 535. Zur Problematik der Einheit oder Mehrheit von Verträgen hinten § 12H.III.2.

1029 So auch Art. 6 lit. c des Haager Vorentwurfs von 1999 sowie Art. 6 Alternative B lit. c des Haager Entwurfs von 2001.

1030 Richtlinie 1999/44 EG; THEISS/BRONNEN 354.

1031 MAGNUS, UN-Kaufrecht, 46.

1032 Vgl. dazu hinten § 12J.IV.2.

1033 BGH v.2.3.2006, Rs. IC ZR 15/05; OLG Köln v. 14.3.2005, Rs. 16 U 89/04 (RIW 2005, 778 f., 779); MARKUS, Hauptpunkte, 211.

1034 Hinten § 12H.III.2.

1035 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 50.

1036 Vgl. hinten § 12H.III.2.

1037 EuGH v. 6. 10. 1976 De Bloos, Rs. 14/76.

Gerichtsstands zu. Wie vorne beschrieben,¹⁰³⁸ ist die *Beziehungsarmut* des Erfüllungsorts der Zahlungsverpflichtung zum Streitgegenstand Ausgangspunkt der bedeutendsten Probleme. Wird die Bezahlung z.B. des Kaufgegenstands oder des Werkes verweigert, so liegt der Grund meist darin, dass der Zahlungsschuldner Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung der Sachleistung geltend macht.¹⁰³⁹ *Umstrittene* Verpflichtung ist i.d.R. die vertragscharakteristische Verpflichtung, es sei denn, der Schuldner ist aus Liquiditätsgründen nicht imstande zu zahlen. Sogar in letzterem Fall ist der Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung indessen beziehungsarm, denn er liegt im Fall einer Bringschuld nicht am Ort des Vermögens des Schuldners. Eine Beziehung zwischen *forum* und Streitgegenstand kann einzig im – seltenen – Fall gesehen werden, dass Zahlung an die falsche Zahlungsadresse droht oder eingetreten ist, also technische Umstände der Zahlung Anlass zur Auseinandersetzung bieten.

Wie vorne ausgeführt, so ergibt sich in engem Zusammenhang damit häufig eine *Privilegierung des Zahlungsgläubigers* gegenüber dem Gläubiger der Sachleistung, wenn die Zahlungsverpflichtung im anwendbaren materiellen Recht als Bringschuld ausgestaltet ist.¹⁰⁴⁰

Eine weitere, nicht zu unterschätzende Problematik besteht bei *Streitigkeiten um den Bestand des Vertrags* an sich. Hier liegen potentiell sämtliche Verpflichtungen aus dem Vertrag im Streit, weshalb zu kasuistischen – und damit kaum vorhersehbaren – Lösungen gegriffen werden muss.¹⁰⁴¹ Denn es gilt, die Verpflichtung zu isolieren, deren Erfüllung den hauptsächlichen Anlass zur Behauptung bietet, der Vertrag sei ungültig.

Sodann hat *Aufteilung und Vermehrung (Zersplitterung)* des Vertragsgerichtsstandes berechtigte Kritik hervorgerufen.¹⁰⁴² Nicht nur leidet darunter die *Voraussehbarkeit* des Forums durch die Parteien, weil im Vorherein nicht feststeht, welche Partei welche Verpflichtung einklagen wird. Damit wird auch eine – frühe und vielleicht unnötige – Anhängigmachung der Klage im Sinne eines *forum running* gefördert.¹⁰⁴³ Gleichzeitig besteht auch die Gefahr, dass verschiedene Ansprüche aus demselben Vertrag an verschiedenen Gerichtsständen beurteilt werden (*verfahrensrechtliche Spaltung des Vertrags*), was zu widersprüchlichen Urteilen oder gar zu negativen oder positiven Kompetenzkonflikten führen kann.¹⁰⁴⁴ Wer-

1038 Vorne § 12C.V.

1039 RA LENZ, Nr. 72; GA LENZ, Nr. 72; DONZALLAZ, N 4790 ff.; VON OVERBECK 297; MARKUS, Hauptpunkte, 210 Anm. 40; KROPHOLLER, Art. 5 N 46, m.w.H.

1040 Vorne § 12C.V.

1041 Vgl. DUTOIT, Guide N 46.

1042 GA BOT, Nr. 55 ff.; KROPHOLLER, Art. 5 N 23; DONZALLAZ, for, 396; DROZ 351 ff.; DROZ, Rev. crit. dr. int. privé 1976, 117; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 131, 175; vgl. PALSSON 269 ff.; vgl. auch die Kritik in BGE 124 III 188 E 4.b

1043 DONZALLAZ, N 4823; vorne § 12C.V.

1044 DONZALLAZ N 4816; vgl. GSELL 486.

den Rechtsfragen betreffend ein und desselben Vertrags von Gerichten in verschiedenen Ländern beurteilt, so kann daraus im Übrigen auch eine unerwünschte *internationalprivatrechtliche Spaltung* des Vertrages resultieren, sofern die Gerichte unterschiedliche IPR-Normen anwenden.¹⁰⁴⁵

Die Koordination oder Verbindung konnexer Klagen nach Art. 22 EuGVÜ/LugÜ bzw. Art. 28 rev. LugÜ/EuGVO bietet keine ausreichende Lösung.¹⁰⁴⁶ Es handelt sich dabei nicht um eigentliche Gerichtsstandsvorschriften,¹⁰⁴⁷ sondern um Vorschriften zur Verfahrenskoordination, die erst zum Zug kommen, wenn zwei Verfahren bereits anhängig gemacht wurden. Nach gerichtlichem Ermessen¹⁰⁴⁸ und im Rahmen der prozessrechtlichen Möglichkeiten der beteiligten Gerichte ist eine Vereinigung der Verfahren zwar möglich; die Prozessökonomie wurde aber mit der Einleitung zweier Parallelverfahren bereits entscheidend tangiert.

Das BGer kritisiert in BGE 124 III 188 E. 4.b die EuGH Rechtsprechung De Bloos und die daraus folgende Vermehrung der Gerichtsstände; um der Parallelität der Rechtsprechung Willen folgte es aber dem EuGH im konkreten Entscheid.¹⁰⁴⁹

II. Historische Betrachtung

Wie erwähnt,¹⁰⁵⁰ standen von Beginn an die Abschaffung des Zahlungsgerichtsstands und eine Konzentration auf den Erfüllungsort der charakteristischen Leistung zur Diskussion,¹⁰⁵¹ um das kritisierte *forum actoris* des Verkäufers zu beseitigen; dabei waren aber starke Widerstände zu überwinden.

Widerstände dagegen stammten u.a. vom Vereinigten Königreich. Sie haben auch rechtsgeschichtliche und rechtssystematische Hintergründe. Das kontinentale Rechtsdenken hat sich vom einseitigen Verpflichtungsgeschäft gelöst und ist seit Jahrhunderten auf den Vertrag ausgerichtet. Die einzelnen Obligationen zwischen den Parteien fließen aus dem Vertrag bzw. dem diesen begründenden Konsens. Demgegenüber ist das angloamerikanische Rechtsdenken noch in der einseitigen Verpflichtungserklärung (*promise*) verwurzelt; die Verbindlichkeit dieser

1045 Vgl. VALLONI 222 Fn. 1137.

1046 Die Bestimmungen sind nur auf konnexe Klagen ausgelegt, die in verschiedenen Vertragsstaaten erhoben wurden (EuGH v. 24.6.1981 Elefanten Schuh/Jacqmain, Rs. 150/80 N 19.); bei mehreren Erfüllungsorten im selben Staat greifen sie nicht.

1047 EuGH v. 5.10.1999 Leathertex, Rs. 420/97, N 38.

1048 SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, Art. 28 N 1.

1049 Beim anwendbaren Recht hat das BGer die Sichtweise auf Stufe Vertrag und dessen charakteristischer Verpflichtung bereits in BGE 78 II 74 vertreten; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 117 N 11 ff.

1050 Vorne § 12C.VI.

1051 Vgl. den vorne in Fn. 950 erwähnten Vorschlag der Schweiz (Verhandlungsdokument des Rates v. 26.3.1998 JUSTCIV 24; vgl. Verhandlungsdokument des Rates v. 11.11.1998 JUSTCIV 52 Art. 5 Option 2, hinten Fn. 1056).

einseitigen Verpflichtungen steht im Vordergrund, nicht die Gültigkeit des Vertrags an sich. Der Vertrag baut lediglich auf den einzelnen Schuldverpflichtungen zwischen den Parteien auf.¹⁰⁵² Die Vorbehalte der *Common Lawyers* gegenüber dem Denken auf Stufe Vertrag bieten denn auch eine Erklärung für den Vorbehalt des Art. 5 Ziff. 1 lit. c rev. LugÜ/EuGVO, der die Regelung der LugÜ/EuGVÜ streckenweise weiterführt.¹⁰⁵³

Aus den Diskussionen resultierten Vorschläge, die auf eine – vollständige oder teilweise – Abschaffung des Vertragsgerichtsstands für den Zahlungsgläubiger gerichtet waren.¹⁰⁵⁴ Lediglich dem Gläubiger der charakteristischen Leistung wäre damit ein Vertragsgerichtsstand zur Verfügung gestanden.

Diese blosse «Herausnahme» der Zahlungsverpflichtung aus dem bisherigen Konzept hätte indessen eine offensichtliche Diskriminierung des Gläubigers der Zahlungsverpflichtung zur Folge gehabt. Ein solches Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien ist im Rahmen eines Vertragsgerichtsstands zu vermeiden, der hauptsächlich für synallagmatische Verträge konzipiert ist. Die bisherige Bevorzugung des Zahlungsgläubigers wäre damit in ihr Gegenteil verkehrt worden.

Im Übrigen wurden Umschreibungsmöglichkeiten für den ungeliebten Begriff der «vertragscharakteristischen Leistung» gesucht. Die negative Umschreibung – als «Nicht-Zahlungsverpflichtung» führt bei reinen Geldleistungsverträgen wie dem Darlehen zum unbefriedigenden Resultat, dass der Vertragsgerichtsstand für diese Verträge wegfallen würde. Die letztlich ausgehandelte Lösung verzichtet somit auf jegliche Definition und arbeitet allein mit der konkreten Beschreibung der Erfüllungsorte für Warenkauf.¹⁰⁵⁵ und Dienstleistungsverträge. Als Ergebnis war aber mit dieser Lösung eine Anhebung des Gerichtsstands auf die Stufe des Vertrags und damit eine Konzentration des Gerichtsstands innerhalb des Vertrags auf den Erfüllungsort der charakteristischen Leistung bezweckt.¹⁰⁵⁶

1052 BUCHER, England und der Kontinent, 190 ff.

1053 Zum Kompromisscharakter der lit. c vgl. KROPHOLLER/VON HINDEN 409; dazu auch hinten § 12K.

1054 So auch ein dänischer Vorschlag (vgl. KROPHOLLER/VON HINDEN 412); Sitzungsdokument Nr. 22 v. 2. 7. 1998).

1055 Während das Verhandlungsergebnis noch vom «Verkauf von Waren» sprach (Verhandlungsdokument des Rates v. 30. 4. 1999 JUSTCIV 60), wurde dieser Passus in der EuGVO und im rev. LugÜ durch «Verkauf beweglicher Sachen» ersetzt.

1056 POCAR, Draft Report, Nr. 50. Dies dokumentiert ein schweizerischer Vorschlag im Verhandlungsdokument des Rates v. 11. 11. 1998 JUSTCIV 52 (Art. 5 Ziff. Option 2), der sehr nahe am Ergebnis betr. Art. 5 Ziff. 1 lit. b liegt. Er lautet wie folgt:

«Eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, kann in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden, wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes der Erfüllung der charakteristischen Verpflichtung. Der Ort der charakteristischen Verpflichtung ist

– für den Verkauf von Waren der Ort, an dem die Waren geliefert worden sind oder zu liefern wären;

III. Konzentration des Gerichtsstands und charakteristische Verpflichtung

1. Auslegung des Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO

Ohne Kenntnis des vorstehenden entstehungsgeschichtlichen Hintergrunds fällt die historisch hergeleitete Lösung der Konzentration des Gerichtsstands beim Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Lösung nicht ins Auge. Lit. b bezieht sich auf lit. a, und zwar «... im Sinne dieser Vorschrift ...». Aus Wortlaut und Systematik ergibt sich somit kein deutliches Bild darüber, welche Funktion die Konkretisierungen des Art. 5 Ziff. 1 lit. b übernehmen sollen.¹⁰⁵⁷ Aus rein *grammatikalischer Sicht* könnte die lit. b auch als *beispielhafte* Konkretisierung der vorstehend beschriebenen Grundsätze der EuGH-Rechtsprechung De Bloos verstanden werden, wonach die jeweilige, der Klage zugrundeliegende Verpflichtung zur Bestimmung des Gerichtsstands massgeblich ist.¹⁰⁵⁸

Gegen eine blosse beispielhafte Konkretisierung spricht aber eine *systematische Betrachtung* des revidierten Textes. Würde sich lit. b einzig auf Klagen der Käuferin (oder des Dienstleistungsbezügers) beziehen, bei welchen diese die Verpflichtung zur Lieferung einer Ware (oder die Verpflichtung zur Erbringung einer Dienstleistung) konkret einklagt, so bliebe der neue Text redundant.¹⁰⁵⁹ Damit bleibt als einzige Alternative die Lektüre als unwiderlegbare Vermutung (Fiktion), mit welcher die massgebliche Verpflichtung und der Erfüllungsort für alle denkbaren Klagen aus einem Vertrag einheitlich bestimmt werden. Damit bringt der Text die Konzentration auf den Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Leistung.¹⁰⁶⁰

Aus *historischer Sicht* sprechen die vorne beschriebenen *Verhandlungen* der EU/EFTA-Arbeitsgruppe für eine Konzentration des Gerichtsstands. Dazu sei auf die weitgehend wörtliche Anlehnung des Textes an einen erwähnten schweizerischen Vorschlag zur charakteristischen Leistung hingewiesen – ein Vorschlag, der erklärermassen eine solche Konzentration mit sich gebracht hätte.¹⁰⁶¹

-
- für die Erbringung von Dienstleistungen der Ort an dem die Dienstleistungen erbracht worden sind oder zu erbringen wären.»

Ein ähnlicher Vorschlag wurde von den Niederlanden eingebracht (als Ratsdokument Nr. 6677/99 vom 11.3.1999, Option 1, in: KROPHOLLER/VON HINDEN 412). Die EG-KOMMISSION, Vorschlag, 15, spricht sich nach Abschluss der Verhandlungen ebenfalls für eine Konzentration des Gerichtsstands aus.

1057 CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 8; GAUDEMET-TALLON, *compétence*, 146; PILTZ, Anm. zu EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, NJW 2007, 1801; vgl. vorne § 12E.

1058 Vgl. MARKUS, Hauptpunkte, 212; vgl. ELTZSCHIG 493; KROPHOLLER, Art. 5 N 45.

1059 Recht augenfällig ist dies auch im französischen und im englischen Text, die in lit. b von «obligation à la base de la demande» resp. «obligation in question» spricht, exakt wie in lit. a.

1060 MARKUS, Hauptpunkte, 211 f.; FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM 42.

1061 Ratsdokument JUSTCIV 52 (vorne Fn. 1056; Fn. 950).

Der EuGH stellt fest:

«... der Lieferort (wird) somit als autonomes Anknüpfungskriterium festgelegt, das auf sämtliche Klagen aus ein und demselben Vertrag über den Verkauf beweglicher Sachen und nicht nur auf diejenige aus der Lieferverpflichtung an sich anwendbar ist.»¹⁰⁶²

Und unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte meint der EuGH:

Der Gemeinschaftsgesetzgeber wollte sich «... bei Kaufverträgen ausdrücklich von der früheren Lösung distanzieren, nach der der Erfüllungsort für jede der streitigen Verpflichtungen nach dem internationalen Privatrecht des mit dem Rechtsstreit befassten Gerichts bestimmt wurde. Durch die autonome Bestimmung des Ortes, an dem die den Vertrag kennzeichnende Verpflichtung zu erfüllen ist, als «Erfüllungsort» wollte der Gemeinschaftsgesetzgeber die gerichtliche Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten über sämtliche Vertragspflichten am Erfüllungsort konzentrieren und eine einheitliche gerichtliche Zuständigkeit für alle Klagen aus dem Vertrag begründen.»¹⁰⁶³

Mit der Konzentration des Gerichtsstands am Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Verpflichtung im Rahmen des Art. 5 Ziff. 1 lit. b EuGVO folgt der EuGH der Entstehungsgeschichte sowie der höchstrichterlichen Rechtsprechung Deutschlands und Österreichs.¹⁰⁶⁴ Er folgt auch der Literatur, die trotz geäußerten Zweifeln deutlich in diese Richtung tendiert.¹⁰⁶⁵ Zwar eröffnet diese Lösung neue Auslegungsprobleme im Zusammenhang mit – in der Praxis nicht sehr häufigen – Situationen von Vertragskomplexen und von komplexen Verträgen.¹⁰⁶⁶ Die Konzentration des Gerichtsstands bringt jedoch insgesamt eine starke Vereinfachung für die Praxis, weil die Voraussehbarkeit des Gerichtsstands wesentlich verbessert wird.¹⁰⁶⁷

2. *Bestimmung der charakteristischen Verpflichtung bei komplexen Verträgen und bei Vertragskomplexen*

Bei einfachen Verträgen liegt die Bestimmung der charakteristischen Verpflichtung auf der Hand. Die in den Revisionsverhandlungen gefürchteten Schwierigkeiten, was komplexe Vertragsverhältnisse betrifft, sind aber vorliegend unter die Lupe zu nehmen.¹⁰⁶⁸

1062 EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, N 26.

1063 EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, N 39.

1064 BGH v. 2.3.06, Rs. IX ZR 15/05, E C.1.; öst. OGH v. 2.9.2003, 1 Ob 123/03z, IPRax 2004, 349, THORN 354. Das gilt auch für sekundäre vertragliche Ansprüche: öst. OGH v. 11.5.2005, Rs. 9Ob 104/04s. Ebenso das Urteil des portugiesischen Supremo Tribunal de Justiça v. 23.10.2007, Agravo 07A3119, kommentiert bei NORDMEIER 275 ff.

1065 PILTZ, Gerichtsstand, 55; HUET 427; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 51; Kropholler, Art. 5 N 45; MARKUS, Hauptpunkte, 212; MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 324; VOGEL/SPÜHLER, 4. Kap. N 45 o; NORDMEIER 275.

1066 MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 324; dazu nachstehend § 12H.III.2.

1067 Dazu hinten § 12H.III.3; zum Auslegungsprinzip der Voraussehbarkeit der Gerichtsstände vgl. vorne § 12B.I.

1068 Vorne § 12C.VI; § 12H.II.

Unter der EuGH-Rechtsprechung De Bloos spielte die Frage keine wesentliche Rolle, ob *Vertragseinheit* oder *Vertragsmehrheit* vorliegt, da grundsätzlich ohnehin auf jede einzelne der daraus fliessenden Verpflichtungen abzustellen war. Unter dem neuen Recht werfen aber sowohl vertikal verbundene Verträge (mehrstufige Verträge) wie auf derselben Ebene verbundene (zusammengesetzte) Verträge¹⁰⁶⁹ Fragen auf, denen nachstehend nachzugehen ist. Schwierigkeiten können auch gewisse gemischte Verträge bieten,¹⁰⁷⁰ die mehrere Elemente aufweisen, die verschiedenen Vertragstypen (bzw. auch Elementen von Innominatverträgen *sui generis*) entnommen sind (Kombinations-/Zwillingsverträge, z.B. Werklieferungsvertrag oder Zwitterverträge, z.B. Verkauf eines Autos gegen Musikunterricht).¹⁰⁷¹

Am Anfang steht die *Qualifikationsfrage*: Nachdem die Begriffe des «Vertrags» oder der «Ansprüche aus einem Vertrag» bereits instrumentsautonom zu definieren sind,¹⁰⁷² würde es bereits technisch schwer fallen, für die vorliegenden Fragen auf das anwendbare materielle Recht zurückzugreifen. Vor diesem Hintergrund wird die Rechtsprechung instrumentsautonome Kriterien zu entwickeln haben, die aus einer rechtsvergleichenden Betrachtung destilliert werden müssen.¹⁰⁷³

Zuerst ist zu prüfen, ob *Vertragseinheit* oder *Vertragsmehrheit* vorliegt. In letzterem Fall führt die charakteristische Hauptverpflichtung eines jeden Vertrags ohne Weiteres zu einer gesonderten Bestimmung des Gerichtsstands,¹⁰⁷⁴ während im ersteren Fall eine einzige Verpflichtung innerhalb des komplexen Vertrags als charakteristische Verpflichtung herauszuschälen ist.

Vertragsmehrheit (im Sinne eines zusammengesetzten Vertrags) ist aus der Sicht des schweizerischen Rechts zwingend anzunehmen, wenn (zeitlich) *unterscheidbare Akte der Konsensbildung* zu verzeichnen sind.¹⁰⁷⁵ Auch bei Konsensbildung *uno actu* bleibt aus dieser Sicht Vertragsmehrheit immer noch möglich, wenn die Existenz der Verträge nach dem Willen der Parteien voneinander unabhängig ist.¹⁰⁷⁶ Eine modernere Lehre, welcher die PICC folgen, löst sich vom Modell der Offerte und des Akzepts; sie lässt eine stufenweise Erreichung des Konsenses genügen, sofern dieser vom übereinstimmenden Bindungswillen der

1069 Zur Terminologie BUCHER, OR BT, 20 ff., 23 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 252 f.; SCHWENZER, OR, N 3.17.

1070 TAKAHASHI 539; WALTER, IZPR, 197.

1071 BUCHER, OR BT, 20.

1072 Vorne § 12F.

1073 Vorne § 12B.I.

1074 Zur Situation vor der Revision vgl. VALLONI 233.

1075 BUCHER, OR BT, 23. Nach BGE v. 16. I. 2002 4C.288/2001 ist eine Vertragsverbindung im Sinne einer Vertragseinheit zum Vornherein ausgeschlossen, wenn keine Gleichzeitigkeit des Abschlusses gegeben ist (E 2).

1076 BUCHER, OR BT, 23; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 253; MANKOWSKI, Lieferorte, 405.

Parteien begleitet ist.¹⁰⁷⁷ Vor diesem Hintergrund ist ein strenges zeitliches Erfordernis der Konsensbildung *uno actu* problematisch und kann nur noch als ein Indiz dienen. Ein sinnvolles weiteres Indiz für eine Vertragseinheit bzw. einen dahingehenden Parteiwillen scheint, dass die einzelnen Vertragsbestandteile aus dem Gesichtspunkt des Interesses der Vertragsparteien einzeln keinen Sinn machen, weil sie in einer *sachlichen Abhängigkeit voneinander* stehen.¹⁰⁷⁸ Dabei kann das Interesse der Vertragsparteien trotz sachlicher Abhängigkeit nach einer rechtlichen Unabhängigkeit rufen. Das gilt z.B. beim *Dokumentenakkreditiv*: Aus wirtschaftlicher Sicht handelt es sich dabei zwar um blossе Zahlungsmodalitäten, die vollumfänglich im Dienst der Abwicklung des Kaufvertrags stehen.¹⁰⁷⁹ Die Verpflichtungen der eröffnenden Bank abstrahieren aber gewollt vom Grundverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer, denn nur so besteht für den Verkäufer Sicherheit, den Kaufpreis gegen Übergabe der Ware (bzw. Präsentation der Warendokumente) zu erhalten, ohne mit Einreden oder Einwendungen aus dem Kaufvertrag konfrontiert zu werden.¹⁰⁸⁰ Die Konsequenzen dieser rechtlichen Unabhängigkeit sind auch im Gerichtsstandsrecht zu ziehen.¹⁰⁸¹

Ist *Vertragseinheit* gegeben, so liegt die Bestimmung der charakteristischen Verpflichtung auch beim Innominatvertrag auf der Hand, solange die daraus fliessenden Verpflichtungen zueinander in einem hierarchischen Verhältnis stehen. Zur Erueirung, ob eine über- oder untergeordnete Leistung vorliegt, ist der übereinstimmende Parteiwille massgeblich.¹⁰⁸² Dieser bestimmt den Schwerpunkt des Vertrages.

Bei *mehrstufigen Verträgen* sind grundsätzlich der übergeordnete Rahmenvertrag und die untergeordneten Objektverträge gesamthaft zu betrachten.¹⁰⁸³ Beim Alleinvertriebsvertrag rechtfertigt es sich, auf die rahmenvertragliche Verpflichtung des Händlers zu Absatzförderung und Vertrieb abzustellen;¹⁰⁸⁴ dort hat der Händler seine Kundschaft und damit den Mittelpunkt seiner Vertriebsaktivität; auf diese Aktivität ist der Alleinvertriebsvertrag letztlich ausgerichtet. Die Absatzförderungs- und Vertriebsverpflichtungen geben dem Vertrag eher das charakteristische Gepräge als die – ebenfalls rahmenvertragliche – Exklusivitätsverpflichtung des Geschäftsherrn bzw. Hersteller/Lieferanten.¹⁰⁸⁵

1077 Vorne § 4C.V.1.a)ii).

1078 BUCHER, OR AT, 109; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 253.

1079 BUCHER, OR AT, 310; EHRLICH 1018.

1080 EHRLICH 1018.

1081 Vorsichtig dahin tendierend BRIGGS 161.

1082 BUCHER, OR BT, 20, 26.

1083 BUCHER, OR BT, 24.

1084 MARTINY, Vertragsanknüpfung, 114; EMDE 508; vgl. CHEVRIER E., Actualités Dalloz (5.2.2007), Procédure civile, (Dalloz) 2007, in seiner Kritik an Cour de cassation, première chambre civile v. 23.1.2007 (No 76); WURMNEST 111.

1085 Dies entspricht auch der Beurteilung unter Art. 46 nCPC/F, wonach beim Alleinvertriebsvertrag der Erfüllungsort am Ort gelegen ist, an dem der Händler seine Kundschaft und den Mittelpunkt

Bei *Kombinations-/Zwillingsverträgen* stehen verschiedenen Vertragstypen entnommene Nicht-Zahlungsverpflichtungen einer Partei nebeneinander und sehen sich insgesamt der Zahlungsverpflichtung der anderen Partei gegenüber.¹⁰⁸⁶ Dort wird der Erfüllungsort für die verschiedenen Nicht-Zahlungsverpflichtungen zuweilen identisch sein. Ist dies nicht der Fall, so ist nach der vorstehenden Methode eine charakteristische Leistung zu eruieren, die als Schwerpunkt des Vertragswerks bezeichnet werden kann. Oft ist die Zuordnung eines Schwerpunkts lediglich mittels quantitativer Kriterien möglich. Bei den erwähnten Werklieferverträgen werden häufig Wert oder Volumen¹⁰⁸⁷ der Leistungen als wesentliche Umstände zu berücksichtigen sein.

Die Isolierung einer charakteristischen Leistung ist unlösbar bei den Verträgen mit doppeltypischen Gegenleistungen («*Zwittervertrag*»). Hier handelt es sich um Verträge, bei welchen sich verschiedene oder gleiche vertragstypische Leistungen im Austauschverhältnis gegenüberstehen.¹⁰⁸⁸ Die Gleichgewichtung der Nicht-Geld-Leistungen ist diesem Vertragsverhältnis inhärent, so dass nach EuGVO/rev. LugÜ keine andere Lösung gefunden werden kann, als zwei gleichwertige «charakteristische» Verpflichtungen innerhalb des einheitlichen Vertrags anzunehmen, und damit den Erfüllungsort der der jeweiligen Klage zugrundeliegenden charakteristischen Verpflichtung heranzuziehen.¹⁰⁸⁹

3. *Zwischenergebnis*

Wenn auch der Preis neuer Fragen im Zusammenhang mit komplexen Verträgen und Vertragskomplexen zu bezahlen ist,¹⁰⁹⁰ löst der EuGH mit dieser Rechtsprechung den Grossteil der vorne geschilderten Probleme.¹⁰⁹¹ Sach- und Beweisnähe eines notwendigerweise schematisch festgelegten Gerichtsstands können nicht in allen Fällen garantiert werden; mit der Revision ist indessen ihre Wahrscheinlichkeit bedeutend erhöht.¹⁰⁹²

Nicht nur der Gläubiger der Sachleistung, sondern auch der Gläubiger der Zahlungsverpflichtung hat damit seine Klage am Erfüllungsort der Sachleistung anzubringen. Somit wird nicht mehr auf die der Klage zugrundeliegende Verpflichtung

seiner Aktivitäten besitzt (Code Dalloz de procédure civile, Nouveau Code de procédure civile, livre premier, titre troisième, chapitre II, La compétence territoriale, N 8).

1086 Beispiel bei BUCHER: Sanatoriumsvertrag, wonach dem Patienten Wohnraum, Pflege und Verpflegung zu leisten ist (BUCHER, OR BT, 20).

1087 TAKAHASHI 539.

1088 BUCHER, OR BT, 22. Der Tausch stellt sich als im OR geregelter Sonderfall eines Zwittervertrags dar, bei welchem auf beiden Seiten Käufer- und Verkäuferstellung miteinander verbunden sind (a.a.O.).

1089 RAUSCHER 222 f.

1090 Vorstehend § 12H.III.2.

1091 Vgl. DE LIND VAN WIJNGAARDEN-MAACK 219.

1092 Dazu hinten § 12J.IV.2.

abgestellt, sondern i.d.R. auf die *umstrittene* Verpflichtung.¹⁰⁹³ Damit ist nicht etwa das Zuständigkeitsgleichgewicht zwischen den Parteien gestört,¹⁰⁹⁴ denn beiden Parteien steht ein Gerichtsstand gleichermaßen offen, der grundsätzlich Sachnähe für die beidseitigen Ansprüche zu gewährleisten sucht.¹⁰⁹⁵ Als Beispiel dienen die erwähnten¹⁰⁹⁶ Entscheidungen zum Alleinvertriebsvertrag, deren Problematik allein mit der Beseitigung der Rechtsprechung De Bloos bereits als gelöst betrachtet werden kann.¹⁰⁹⁷

Gleichzeitig bringt die Konzentration des Gerichtsstands im Zusammenhang mit *Rückforderungsklagen* eine Klärung gegenüber den LugÜ/EuGVÜ.¹⁰⁹⁸ Jede Differenzierung zwischen Primär- und Sekundäransprüchen oder Haupt- und Nebenpflichten ist überflüssig.¹⁰⁹⁹ Geklärt ist damit gegenüber den LugÜ/EuGVÜ, dass auch Streitigkeiten betreffend selbständig eingeklagte *Nebenverpflichtungen* regelmässig am Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Verpflichtung auszutragen sind. Dasselbe gilt, wenn der Käufer *mehrere* vertragliche *Verpflichtungen des Verkäufers* zugleich einklagt. Zudem sind bei Verfahren, in welchen die *Gültigkeit des Vertrags* in Frage gestellt ist, die bisherigen Unsicherheiten ausgeräumt.¹¹⁰⁰ Ein weiterer Vorteil ist schliesslich der vermehrte Gleichlauf mit dem anwendbaren Recht, weil die – mittelbare – Anknüpfung an die vertragstypische Leistung im IPR der EU und der Schweiz vorgesehen ist.¹¹⁰¹

Insgesamt sind mithin die negativen Folgen der Aufteilung und Zersplitterung des Gerichtsstands beseitigt. Pro Vertrag ist i.d.R. lediglich eine Bestimmung des Erfüllungsorts notwendig. Die *Voraussehbarkeit* des Gerichtsstands ist dadurch stark verbessert, dass er nicht mehr von der Zufälligkeit abhängt, welche Leistung von welcher Partei eingeklagt wird. Durch die Ausschaltung des Zahlungsggerichtsstands ist auch das aleatorische Element des auf die Zahlungsverpflichtung anwendbaren Rechts weitgehend beseitigt, ebenso wie die systematische Bevorzugung des Verkäufers durch Schaffung eines *forum actoris*. Zu bedauern ist lediglich, dass die neue Regelung auf Warenlieferungs- und Dienstleistungsverträge beschränkt ist.¹¹⁰²

1093 GA LENZ, Nr. 72.

1094 SCHACK, Zivilverfahrensrecht, N 265, N 273a.

1095 Vorne § 12H.I.

1096 Vorne § 12C.V.

1097 BAJONS 57.

1098 Vorne § 12C.IV.1; HAU, Rückforderungsklagen, 507.

1099 PILTZ, Gerichtsstand, 55.

1100 Vorne § 12H.I.

1101 Vorne § 7A.III; § 8; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 215; RODRIGUEZ, Revision, Rz. 44; vgl. SCHWANDER, Erfüllungsort, 692.

1102 Vgl. vorne § 12E; hinten § 12K.

Der EuGH hat zwar bereits zuvor für arbeitsvertragliche Klagen auf die vertragscharakteristische Leistung abgestellt.¹¹⁰³ Es bedurfte aber offensichtlich der vorliegenden gesetzgeberischen Intervention, den EuGH ernsthaft in die bereits lange angekündigte Richtung zu bewegen, den Vertragsgerichtsstand als Ausnahme zum Wohnsitzgerichtsstand des Beklagten restriktiv zu interpretieren.¹¹⁰⁴

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass die Konzentration des Gerichtsstands auf der Stufe des Vertrags eine *Abweichung* vom materiellrechtlichen Grundsatz bedeutet, wonach jeder Verpflichtung ein eigener Erfüllungsort zuzuordnen ist.¹¹⁰⁵ Wie vorstehend gezeigt, ist die Anknüpfung an den Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Leistung aber für die verfahrensrechtlich zentralen Kriterien der *Sach-, Beweis- und Rechtsnähe* sowie der *Voraussehbarkeit* des Gerichtsstands¹¹⁰⁶ erfolgsversprechender als eine konsequente Anlehnung an das materielle Recht. Sie bedeutet deshalb einen Fortschritt, weil sie «... soziologisch stärker begründet an die wirtschaftlich und sozial dem Vertrag das Gesicht gebende Vertragsleistung anknüpft ...».¹¹⁰⁷ Deshalb ist vorliegend – aus dem wertenden Gesichtspunkt des Verfahrensrechts heraus – die Relevanz des materiellen Rechts entsprechend einzuschränken.¹¹⁰⁸

I. Bestimmung des Erfüllungsortes für die charakteristische Verpflichtung (Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO)

I. Fragestellung

Die vorne wiedergegebene Kritik an der Bestimmung des Erfüllungsorts¹¹⁰⁹ hat im Schrifttum hohe Erwartungen an die revidierten Texte ausgelöst. Die Kritik betrifft zwar regelmässig das Zusammenwirken der EuGH-Rechtsprechungen De Bloos¹¹¹⁰ und Tessili¹¹¹¹ in ihrem Verein.¹¹¹² Die Erwartungen gehen aber über die Frage der Konzentration des Gerichtsstands hinaus – ungeachtet der wesentlichen Verbesserungen, die durch dieses Konzept erreicht werden.¹¹¹³ Sie betref-

1103 EuGH v. 26. 5. 1982 Ivenel, Rs. 133/81, N 20; EuGH v. 15. 1. 1987 Shenavai, Rs. 266/85.

1104 EuGH v. 17. 6. 1992 Handte, Rs. 26/91, Nr. 14; vgl. RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 175; vorne Fn. 986.

1105 Vorne § 3B.I.1; SCHACK, Zivilverfahrensrecht, N 265.

1106 EuGH v. 3. 5. 2007 Color Drack, Rs. C-386/05, N 19, N 22.

1107 SCHWANDER, Erfüllungsort, 691 f.

1108 Es liegt aus technischer Sicht am Verfahrensrecht, ob und inwieweit dem materiellen Recht «Einfallstore» offen gehalten werden; vorne § 1.

1109 Vorne § 12C.IV; § 12C.V.

1110 EuGH v. 6. 10. 1976 De Bloos, Rs. 14/76.

1111 EuGH v. 6. 10. 1976 Tessili, Rs. 12/76.

1112 Vorne § 12C.V.

1113 Vorstehend § 12H.III.3.

fen eine Ablösung der vorne beschriebenen Bestimmung des Gerichtsstands *lege causae* nach der Methode der EuGH-Rechtsprechung Tessili.¹¹¹⁴

Dabei können *zwei zu unterscheidende Problemfelder* eruiert werden, die aber in der Diskussion nicht immer scharf auseinandergehalten werden:

Im Vordergrund der Diskussion steht erstens die breit erörterte Frage, ob der Erfüllungsort auf der Grundlage der *lex causae* oder nach instrumentsautonomen Kriterien bestimmt werden soll. In diesem Zusammenhang wird seine so genannt «faktische» Bestimmung als die im Vordergrund stehende, allein selig machende Methode einer autonomen Bestimmung angesehen, und der IPR-Methode direkt gegenübergestellt.¹¹¹⁵ Den zahlreichen, z.T. enthusiastischen Stimmen für eine Aufgabe der Tessili-Rechtsprechung und für einen «faktischen» Gerichtsstand¹¹¹⁶ stehen immerhin einige vorsichtige Voten gegenüber, die – auch im Rahmen der vorstehend beschriebenen Zuständigkeitskonzentration – für eine Beibehaltung der Erfüllungsortsbestimmung *lege causae* optieren oder deren Aufgabe zumindest in Frage stellen.¹¹¹⁷ Wenige weitere Autoren sind zwar für eine autonome Bestimmung, stellen jedoch ein normatives Konzept in den Vordergrund.¹¹¹⁸

Mit der Suche nach einer neuen Bestimmungsgrundlage ist zweitens die Frage eng verbunden, ob und inwiefern die traditionelle Anknüpfung am Erfüllungsort i.e.S. verlassen bzw. modifiziert werden soll. Hinweise darauf gibt es zahlreiche, gerade auch in der jüngsten Rechtsprechung des EuGH.¹¹¹⁹ Die Frage wird aber

1114 Vorne § 12C.IV.2.

1115 HAGER/BENTELE 74; KROPHOLLER, Art. 5 N 45 ff.; differenzierend GA RUIZ-JARABO COLMER, Nr. 73.

1116 Öst. OGH v. 14.12.2004, Rs. 1 Ob 94/04m; BGH v. 2.3.2006, Rs. IX ZR 15/05; OLG Hamm v. 6.12.2005, Rs. 19 U 120/05, IHR 2/2006, 85 f.; OLG Köln v. 16.6.2005, Rs. 16 U 47/05, IHR 2/2006 (86 f.) 86; OLG Düsseldorf v. 30.1.2004, Rs. I 23 U 70/03, IHR 3/2004 108 ff.; EG-KOMMISSION, Vorschlag, 15; EG-KOMMISSION in der EuGH-Rechtssache C-440/97 Concorde, zit. bei GA RUIZ-JARABO COLOMER, Nr. 22; Regierung des Vereinigten Königreichs in der EuGH-Rechtssache C-440/97 Concorde, zit. bei GA RUIZ-JARABO COLOMER, Nr. 19; im Ergebnis RUIZ-JARABO COLOMER, Nr. 107 (vgl. Nr. 73); HAU, IPRax 2000, 354, 358; HAGER/BENTELE 74 ff.; HACKENBERG 271; GOTTWALD, Art. 5 EuGVO N 5; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 214; RODRIGUEZ, Revision, 7; KROPHOLLER, Art. 5 N 45 ff.; LEIBLE, Zivilprozessrecht, N 51; HUET 427 f.; MAGNUS, UN-Kaufrecht, 47; GEIMER/SCHÜTZE, Zivilverfahrensrecht, Art. 5 N 86 ff.; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Rz 16; WURMNEST 112 f.; GEHRI 197; NAGEL/GOTTWALD 92; unter dem EuGVÜ: SCHACK, Erfüllunggerichtsstand N 344 ff.; MANKOWSKI, Art. 5 N 96.

1117 POCAR, Draft Report, Nr. 51; POCAR, Brüssel I, 18; JEGHER 127 f.; GSELL 495 f.; SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, Art. 5 N 10a, 10b; MEIER, IZPR, 106; CZERNICH, Erfüllunggerichtsstand, 340 ff.; ELTZSCHIG 494 ff.; NEWTON 117; CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 33 ff.; KOHLER, Revision, 15 f.; MARKUS, Hauptpunkte, 213; MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 326 ff.; VASSILAKAKIS 280; PILTZ, Gerichtsstand, 55 f.; vgl. BRIGGS 171 f.; vgl. FURRER/SCHRAMM, Zuständigkeitsprobleme, 113; vgl. MANKOWSKI, Lieferorte, 404.

1118 GSELL 491 f.; JEGHER 127 f.; im Ergebnis LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 52 ff.; OBERHAMMER, Art. 5 N 46 f.; THEISS/BRONNEN 355 f.; GIRSBERGER, Vertragsgerichtsstand, 90; GIRSBERGER, Contracts, 181; vgl. FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM 43; CZERNICH, Erfüllunggerichtsstand, 340 ff.; bereits für das EuGVÜ: RAUSCHER 181 ff.

1119 Hinten § 12I.VI.1.a).

von Literatur und Rechtsprechung nicht konzeptuell angegangen, sondern jeweils in eher beiläufiger Weise angesprochen. Eine «faktische» Methode befürwortende Stimmen berufen sich denn auch lediglich auf eine Bestimmung nach den «besondere(n) Umstände(n) des Einzelfalls»¹¹²⁰ oder fokussieren allein auf die Situation nach einer tatsächlich stattgefundenen Erfüllung.¹¹²¹

Die EuGH-Entscheidung *Color Drack*¹¹²² sowie vereinzelte Entscheidungen in Deutschland und Österreich bieten Anhaltspunkte dafür, dass die Tessili-Rechtsprechung verlassen werden soll, lassen aber vollkommen offen, wie und auf welcher Grundlage der Erfüllungsort objektiv zu bestimmen sei.¹¹²³ Sieht man von der Lösung der Frage der Gerichtsstandskonzentration ab, so ist der EuGH angesichts der beschränkten Anlage des Vorabentscheidungsersuchens, das auf die Problematik der mehrfachen Erfüllungsorte fokussiert, nur topisch vorgegangen. Er spricht sich mehrfach für eine «autonome» Bestimmung des Erfüllungsorts aus, ohne sich weiter zum Konzept zu äussern. Die entsprechenden Passagen des Urteils seien nachstehend wiedergegeben:

(24) «Um das Hauptziel der Vereinheitlichung der Gerichtsstandsregeln im Bestreben der Vorhersehbarkeit zu stärken, bestimmt die Verordnung Nr. 44/2001 dieses Anknüpfungskriterium (*scil.* Erfüllungsort) für den Verkauf beweglicher Sachen autonom.»¹¹²⁴

(26) «Entgegen dem Vorbringen von Lexx wird im Rahmen der Verordnung Nr. 44/ 2001 mit dieser Regel eines besonderen Gerichtsstands für vertragliche Streitigkeiten der Lieferort somit als autonomes Anknüpfungskriterium festgelegt, das auf sämtliche Klagen aus ein und demselben Vertrag über den Verkauf beweglicher Sachen und nicht nur auf diejenige aus der Lieferverpflichtung an sich anwendbar ist.»¹¹²⁵

(30) «Art. 5 Nr. 1 Buchst. b erster Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/ 2001, der sowohl die internationale als auch die örtliche Zuständigkeit festlegt, bezweckt, die Vorschriften über die internationale Zuständigkeit zu vereinheitlichen und somit den Gerichtsstand unmittelbar und ohne Verweis auf die innerstaatlichen Regeln der Mitgliedstaaten zu bestimmen.»¹¹²⁶

1120 GA RUIZ-JARABO COLOMER, Nr. 94; hinten Fn. 1278; hinten § 12I.V.3.b).

1121 Hinten § 12I.V.3.b).

1122 EuGH v. 3.5.2007 *Color Drack*, Rs. C-386/05. Nähere Kommentierungen der Entscheidung erfolgen im Zusammenhang mit der Erfüllungsortvereinbarung und der Problematik der Mehrheit von Erfüllungsorten (hinten § 12I.IV.2.ndb); § 12I.VI.2.a)).

1123 OLG Düsseldorf v. 30.1.2004, Rs. I 23 U 70/03, IHR 3/2004 (108 ff.) 110. Öst. OGH v. 14.12.2004, Rs. 10b94/04m stellt ab auf die tatsächliche Abnahme der vertragsgemässen Lieferung; OLG Düsseldorf v. 30.1.2004, Rs. I 23 U 70/03, IHR 3/2004 (108 ff.) 110 spricht sich zwar für eine Abkehr von der Rechtsprechung Tessili und für eine automome Bestimmung des Gerichtsstands aus, enthält indessen nicht den geringsten Hinweis, wie diese Bestimmung bewerkstelligt werden soll.

1124 EuGH v. 3.5.2007 *Color Drack*, Rs. C-386/05, N 24.

1125 EuGH v. 3.5.2007 *Color Drack*, Rs. C-386/05, N 26.

1126 EuGH v. 3.5.2007 *Color Drack*, Rs. C-386/05, N 30.

(39) «Der Gemeinschaftsgesetzgeber wollte sich «... bei Kaufverträgen ausdrücklich von der früheren Lösung distanzieren, nach der der Erfüllungsort für jede der streitigen Verpflichtungen nach dem internationalen Privatrecht des mit dem Rechtsstreit befassten Gerichts bestimmt wurde.»¹¹²⁷

(40) «Die besondere Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 1 Buchst. b erster Gedankenstrich der Verordnung Nr. 44/2001 ist grundsätzlich durch die besonders enge Verknüpfung von Vertrag und zur Entscheidung berufenem Gericht gerechtfertigt und deshalb einer sachgerechten Prozessführung dienlich. Daher ist, wenn die Waren an mehrere Orte geliefert werden, unter Erfüllungsort im Sinne der fraglichen Bestimmung grundsätzlich der Ort zu verstehen, an dem die engste Verknüpfung zwischen dem Vertrag und dem zuständigen Gericht besteht. In einem solchen Fall ist die engste Verknüpfung im Allgemeinen am Ort der Hauptlieferung gegeben, die nach wirtschaftlichen Kriterien zu bestimmen ist.»¹¹²⁸

Der EuGH nimmt in N 39 auf die Entstehungsgeschichte Bezug, weshalb nachstehend ein präziseres Licht auf die Intentionen der Revisionsgeber zu werfen ist. Sodann ist auf die Erfüllungsortsvereinbarung einzugehen; sie ist nach bisheriger Rechtsprechung und Literatur zu rev. LugÜ/EuGVO mehrheitlich aufgrund der *lex-causae*-Methode zu bestimmen.¹¹²⁹ Schliesslich sind die verschiedenen Alternativen zur traditionellen Bestimmung des Erfüllungsorts zu untersuchen¹¹³⁰ und zu bewerten.

II. Historische Betrachtung

Ob der Ansatz der Tessili-Rechtsprechung zu Gunsten einer staatsvertragsautonomen Bestimmung des Erfüllungsortes aufgegeben werden sollte, war zu Beginn der Revisionsverhandlungen ein umstrittenes Thema. Eine Reihe ausformulierter Vorschläge zu einer staatsvertragsautonomen und «faktischen» Bestimmung des Erfüllungsorts, wonach auf den *effektiven* bzw. *tatsächlichen* oder *ausschliesslich auf den zwischen den Parteien vereinbarten* Erfüllungsort abgestellt werden sollte, brachten aber keine Einigung.¹¹³¹ Kein Erfolg hatte insbesondere auch ein Vorschlag, den Vertragsgerichtsstand nach dem Beispiel erwähnten Art. 6 des Haager Vorentwurfs von 1999¹¹³² ausschliesslich nach erfolgter Erfüllung am Ort der effektiven Erfüllung zu gewähren. Nach diesem Konzept ist zwar ein tatsächlicher Anhaltspunkt zur Bestimmung des Gerichtsstands durchwegs gewährleistet. Diese Lösung birgt indessen den Nachteil, dass sie den Schuldner der charakteristischen Verpflichtung zu Manipulationen veranlassen kann. Er wird dazu tendieren, die Erfüllung zurückzuhalten, wenn diese einen ihm nicht genehmen Ge-

1127 EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, N 39.

1128 EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, N 40.

1129 Hinten § 12I.IV.2.a); § 12I.IV.2.d)

1130 Hinten § 12I.V; § 12I.VI; § 12I.VII.

1131 MARKUS, Hauptpunkte, 212 und Fn. 66.

1132 Zum Haager Vorentwurf vorne § 11C.

richtsstand in der Nähe des Gläubigers begründen würde, oder eine (Teil-)Erfüllung an einem ihm genehmen anderen Ort vorzunehmen.¹¹³³

Für einen autonomen, ohne Konsultation der *lex causae* zu bestimmenden Erfüllungsort am Ort der effektiven Erfüllung war die EG-KOMMISSION eingetreten, die vor dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags den Verhandlungen noch in der Qualität einer Beobachterin beiwohnte. Sie brachte Dokumente mit ihren betreffenden Anliegen und Begründungen¹¹³⁴ ein, die im vorliegenden Punkt der Bestimmung des Erfüllungsorts allerdings nicht breit diskutiert wurden. Nach dem Abschluss der Verhandlungen der EU-EFTA-Arbeitsgruppe und nach dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags per 1.5.1999 übernahm und bekräftigte die EG-KOMMISSION ihre vormalige Forderung nach einer autonomen und faktischen Bestimmung des Gerichtsstands in den prominent zitierten¹¹³⁵ Vorschlag vom 14.7.1999.¹¹³⁶

Wie erwähnt, war die Frage der Bestimmungsgrundlage im Verlauf der Verhandlungen der EU-EFTA-Arbeitsgruppe aus verschiedenen Gründen in den Hintergrund geraten; sie wurde letztlich nicht gelöst, weil sich die Hauptbemühungen der Arbeitsgruppe auf die Konzentration des Gerichtsstands am Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Verpflichtung richteten.¹¹³⁷ Deshalb ist einer historischen Analyse u.a. des EuGH, die wahrscheinlich auf der zitierten Passage im Vorschlag der EG-KOMMISSION beruht, mit Zurückhaltung zu begegnen. Der Vorschlag reflektiert jedenfalls weder den verhältnismässig geringen zeitlichen Aufwand, mit dem die EU-EFTA-Arbeitsgruppe die Diskussion um den autonomen und faktischen Gerichtsstand geführt hatte, noch die Tatsache, dass die diesbezüglichen Verhandlungen insoweit ohne Ergebnis geblieben waren.¹¹³⁸

III. Übersicht über die alternativen Bestimmungsmethoden

Die traditionelle Bestimmung des Erfüllungsorts auf der Grundlage der *lex causae* (EuGH-Rechtsprechung Tessili¹¹³⁹) lässt sich ohne Weiteres mit der Konzentra-

1133 Vgl. vorne § 11C.

1134 Verhandlungsdokument des Rates v. 29.4.1998 JUSTCIV 31 (vgl. auch v. 26.11.1997 JUSTCIV 1).

1135 Erwähnt seien etwa BGH v. 2.3.2006, Rs. IX ZR 15/05, E 3.c.; KROPHOLLER, Art. 5 N 27, N 45; MAGNUS, UN-Kaufrecht 47; KROPHOLLER/VON HINDEN 406; HAGER/BENTELE 76.

1136 «Diese pragmatische Bestimmung des Erfüllungsorts, die auf einem rein faktischen Kriterium beruht, gilt unabhängig davon, welcher Art die streitige Verpflichtung ist, d.h. sie gilt auch, wenn die Verpflichtung in der Zahlung einer vertraglich vereinbarten finanziellen Gegenleistung besteht.» (EG-KOMMISSION, Vorschlag, 15.)

1137 Vorne § 12C.VI.

1138 Deshalb die deutliche Relativierung des faktischen Ansatzes bei POCAR, Draft Report, Nr. 51; der die faktische Bestimmung lediglich in problemlosen Fällen zulässt. MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 326.

1139 EuGH v. 6.10.1976 Tessili, Rs. 12/76.

tion des Gerichtsstands im Rahmen des Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO verbinden, indem als massgebliche Verpflichtung allein auf die vertragscharakteristische Verpflichtung abgestellt wird. Soll diese traditionelle Bestimmung zu Gunsten einer instrumentsautonomen Lösung fallengelassen werden, so sind neben der im Zentrum der Diskussion stehenden «faktischen» Bestimmung auch andere Bestimmungsmethoden denkbar. Um die nachfolgenden Untersuchungen von Beginn weg in einen breiteren Rahmen zu stellen, seien die Alternativen zum traditionellen Erfüllungsortskonzept im Überblick wiedergegeben:¹¹⁴⁰

- Normative Bestimmung nach *gemeineuropäischen materiellrechtlichen Rechtsprinzipien*¹¹⁴¹ (normativ-autonomes Konzept). Diese Lösung geht von einer rechtsvergleichenden Betrachtung aus und zieht z.B. die PECL (oder ev. die PICC) als Ausdruck dieser Rechtsprinzipien heran. Sie kommt ohne Anwendung des jeweiligen IPR aus: Das Verfahrensrecht verweist unmittelbar auf die Rechtsprinzipien als Bestimmungsgrundlage. Damit handelt es sich um ein *verfahrenrechtliches Konzept*, das sich aber eng an materiellrechtliche Wertungen anlehnt. Die mögliche zukünftige Anwendung der PECL als positives gemeineuropäisches Vertragsrecht ist hiervon zu unterscheiden, sie ist die normale Folge einer Bestimmung *lege causae*.
- *Normative* Bestimmung nach einem *gemeineuropäischem Verfahrensrecht* (normativ-autonomes Konzept). Ohne Rücksicht auf das materielle Recht wird auf genuin verfahrensrechtliche Grundsätze abgestellt, welche die Rechtsprechung zu entwickeln bzw. aus dem Gemeinschaftsrecht zu destillieren hat.¹¹⁴²
- «*Faktische*» Bestimmung nach *gemeineuropäischem Verfahrensrecht* (faktisch-autonomes Konzept). Dabei sind verfahrensrechtliche Regeln von der Rechtsprechung zu entwickeln, die Rechtsbegriffe zu vermeiden versuchen (z.B. Konzept des Lageorts des Vertragsobjekts¹¹⁴³). Ein solches Konzept wird für den Regelfall von YVES BOT gefordert, dem GA in Sachen Color Drack.¹¹⁴⁴
- *Normativ-teilautonome* Bestimmung: Die Bestimmung des Gerichtsstands erfolgt im Ausgangspunkt aufgrund der *lex causae*; das anwendbare materielle Recht wird aber im Hinblick auf die Bedürfnisse des Verfahrensrechts reduziert (vereinfacht) oder modifiziert.¹¹⁴⁵ Die Konzentration des Gerichtsstands

1140 Vgl. dazu JEGHER 124; GA RUIZ-JARABO, Nr. 73.

1141 GSELL 491 f.; THEISS/BRONNEN 355 f.; vgl. LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 54; dazu hinten § 12I.VII.1.

1142 Hinten § 12I.VII.2.

1143 Hinten § 12I.V.2; als normatives Konzept entpuppen sich die «faktischen» Erfüllungskonzepte; hinten § 12I.V.3.

1144 GA BOT, Nr. 91.

1145 Bereits unter LugÜ/EuGVÜ erfolgten staatsvertragsautonome Beschränkungen der materiellrechtlichen Bestimmungsgrundlage, wie etwa die Unbeachtlichkeit abstrakter Erfüllungsortsver-

auf den Erfüllungsort der charakteristischen Verpflichtung nach rev. LugÜ/EuGVO stellt eine solche verfahrensrechtliche Reduktion und Modifikation dar,¹¹⁴⁶ weil sie vom materiellrechtlichen Grundsatz abstrahiert, dass jeder vertraglichen Verpflichtung ein eigener Erfüllungsort zuzuordnen ist.¹¹⁴⁷ Als normativ-teilautonome Methode ist auch das hinten vorgeschlagene – vereinfachende – Abstellen auf den Lieferort (Bestimmungsort, Erfüllungsort i.w.S.) statt auf den materiellrechtlichen Erfüllungsort i.e.S. zu beurteilen.¹¹⁴⁸

- Der Vollständigkeit halber sei schliesslich die Bestimmung nach dem *materiellen Recht der lex fori* erwähnt. Das materielle Recht am Gerichtsstand ist Bestimmunggrundlage, das IPR des Forums wird im Sinne einer Vereinfachung nicht konsultiert. Dabei handelt es sich um ein *verfahrensrechtliches Konzept*: Kraft Verweisung des Verfahrensrechts wird das materielle Recht des Forums unmittelbar zum Verfahrensrecht.¹¹⁴⁹ Diese Alternative ist im Zusammenhang mit dem rev. LugÜ/EuGVO bloss eine theoretische; anders als im unilateralen Rahmen des IPRG steht eine Anwendung der *lex fori* im multilateralen Kontext des rev. LugÜ/EuGVO weit im Hintergrund, weil diese Methode keinen internationalen Gleichklang der Gerichtsstände herbeizuführen vermag.¹¹⁵⁰

IV. Erfüllungsortvereinbarung

1. Vorrang vor der objektiven Bestimmung

Der Erfüllungsortvereinbarung kommt im internationalen Handel eine hohe praktische Bedeutung zu.¹¹⁵¹ Bereits unter den LugÜ/EuGVÜ ist von Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass eine nicht fiktive Erfüllungsortvereinbarung zur Bestimmung des Vertragsgerichtsstands grundsätzlich zu respektieren ist.¹¹⁵² Text-

einbarungen (EuGH v. 20.2.1997 MSG Mainschiffahrt-Genossenschaft, Rs. 106/95; siehe hinten § 12I.IV.3.b).

1146 GA LENZ, Nr. 64.

1147 Vorne § 3B.I.1. Weitere teilautonome Reduktionen des materiellen Rechts sind z.B. in den verfahrensrechtlichen Grenzen der Erfüllungsortvereinbarung zu erblicken (hinten § 12I.IV.3).

1148 Hinten § 12I.VI.

1149 Vorne § 10B.III.4.

1150 Vorne § 10B.III.4.

1151 Vorne § 3B.III.2.c); § 3B.III.2.d); § 3B.III.2.g); § 3B.III.2.h). Zur Bedeutung der Vereinbarung durch INCOTERMS vgl. auch NORDMEIER 275 ff. A.M. MANKOWSKI, Art. 5 N 149, der Incoterms, die in Dokumenten enthalten sind, welche nach dem Vertragsschluss ausgestellt wurden, die Qualität einer Vereinbarung nach der *lex causae* regelmässig abspricht und deren Gültigkeit ablehnt. Die Gültigkeit solcher Incoterms bestimmt sich aber richtigerweise nach den Regeln über das kaufmännische Bestätigungsschreiben, die der *lex causae* zu entnehmen sind; sie kann darauf gestützt sehr wohl gegeben sein (vgl. vorne § 3B.III.2.f); § 3C.II.2.d); § 4B.II.3.b); § 4C.V.1.c); § 4D.V.4.c).

1152 EuGH v. 17.1.1980 Zelger, Rs. 56/79; EuGH v. 20.2.1997 MSG Mainschiffahrt-Genossenschaft, Rs. 106/95; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 43; KROPHOLLER, Art. 5 N 35; KLEMM 65 f.; VALLONI 274; DONZALLAZ, N 4706; a.M. SCHACK, Erfüllungsort, N 346.

lich wurde dieser privatautonome Ansatz in Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO gegenüber der LugÜ/EuGVÜ noch enorm aufgewertet.¹¹⁵³ Denn es wird sowohl auf die «Vereinbarung» wie auf den «Vertrag» ausdrücklich Bezug genommen, im Gegensatz zum bisherigen Text und Art. 5 Ziff. 1 lit. a rev. LugÜ/EuGVO.

Der Satzteil «... – und sofern nichts anderes vereinbart worden ist – ...» in lit. b dient lediglich der Klarstellung, dass vertragliche Vereinbarungen des Erfüllungsorts *Vorrang vor einer Bestimmung nach objektiven Kriterien geniessen*.¹¹⁵⁴ Das fügt der Rechtslage unter LugÜ/EuGVÜ und Art. 5 Ziff. 1 lit. a EuGVO nichts Neues hinzu.¹¹⁵⁵ Denn Erfüllungsortvereinbarungen sind bereits nach dem jeweiligen anwendbaren materiellen Recht in aller Regel zulässig¹¹⁵⁶ und nach LugÜ/EuGVÜ gerichtsstandsrelevant.¹¹⁵⁷

Ähnliche Überlegungen drängen sich betreffend den Einschub «... nach dem Vertrag ...» auf.¹¹⁵⁸ Sucht man aber nach einer darüber hinausgehenden Bedeutung, so kann die Bezugnahme auf den «Vertrag» in erster Linie als Hinweis darauf verstanden werden, dass eine *normative Bestimmung* des Erfüllungsorts stattzufinden hat, anstelle einer rein «faktischen».¹¹⁵⁹ Denn ein Vertrag ist immer eine normative Kategorie.¹¹⁶⁰ Auch der Bericht zum Übereinkommen kommt zu diesem Schluss, wenn auch indirekt. Der Bericht sagt zwar, dass die Bestimmung des Erfüllungsorts unmittelbar dem Vertrag entnommen werden könne, ohne Bezug auf rechtliche Kriterien; hätten aber die Parteien den Erfüllungsort dort nicht mit genügender Präzision angegeben, so sei das auf den Vertrag anwendbare Recht heranzuziehen.¹¹⁶¹

1153 Vgl. KLEMM 70f.

1154 So deutlich öst. OGH v. 16. 12. 2003, Rs. 4 Ob 147/03a. Eine weitere Interpretation versteht die Formel dahin, dass lit. a statt lit. b anzuwenden sei (mit demselben Ergebnis des Vorrangs der Vereinbarung): BGH v. 1. 6. 2005, Rs. VIII ZR 256/04 (= IPRax 6/2006, 594 ff.) E II. 3.; vgl. hinten § 12K.I.

1155 KROPHOLLER, Art. 5 N 35; KLEMM 76.

1156 Vgl. MICKLITZ/ROTT 329.

1157 § 12C.IV.2.

1158 Im Ergebnis KLEMM 71 ff. GAUDEMET-TALLON, for, 207 sieht keinen zusätzlichen Gehalt dieser Formel. KROPHOLLER sieht darin einen Hinweis auf das Erfordernis der vertragsgemässen Entgegennahme durch den Käufer oder die Bestellerin (Art. 5 N 47 f.; dazu hinten § 12I.V.3.c)ii)6)). MANKOWSKI sieht die Formel als Verweisung auf eine bestimmte Kategorie vertraglicher Klauseln (z.B. Incoterms), die aus sich heraus und unabhängig von der *lex causae* interpretiert und angewandt werden wollen. Abgesehen von den dadurch aufgeworfenen Abgrenzungsproblemen steht diese Sichtweise nicht nur in einem Spannungsfeld zu den vorne erwähnten materiellrechtlichen Grundsätzen der Vertragsentstehung (§ 3B.III.2), sondern auch zu den hinten § 12I.IV.2.d) identifizierten spezifisch verfahrensrechtlichen Problematiken.

1159 DUTOIT, Guide, N 56; GIRSBERGER, Vertragsgerichtsstand, 90; JEGHER 128; NEWTON 117; im Ergebnis KLEMM 74. Vgl. CZERNICH, Erfüllungsortsgerichtsstand, 340; CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 27; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Rz. 15. Für KOHLER (Vergemeinschaftung 477) weist der Text darauf hin, dass das Vertragsstatut «nicht einfach ignoriert werden kann».

1160 Zum vorliegenden Passus vgl. auch hinten § 12J.II.2.

1161 POCAR, Draft Report, Nr. 51.

Die gleichzeitige Bezugnahme auf die «Vereinbarung» und den «Vertrag» erscheint im Übrigen auf den zweiten Blick seltsam widersprüchlich und könnte insofern als eine Abschwächung des Grundsatzes der Privatautonomie missverstanden werden. Soll allen Ernstes mittels einer abweichenden Vereinbarung vom Ort abgewichen werden können, an welchem die Sachen vertraglich geliefert worden sind oder hätten geliefert werden müssen?¹¹⁶² Von diesem Versehen in der Redaktionslogik sei aber der Blick milde abgewendet; es zeugt lediglich vom Zeitdruck, unter dem der Vertragsgerichtsstand finalisiert wurde.¹¹⁶³

2. Bestimmung von Gültigkeit und Inhalt der Vereinbarung

a) Nach Rechtsprechung sowie überwiegender Lehre in Deutschland und Österreich

Wie unter den LugÜ/EuGVÜ (und unter Art. 5 Ziff. 1 lit. a rev. LugÜ/EuGVO¹¹⁶⁴) bestimmt sich die Gültigkeit der Erfüllungsortvereinbarung nach überwiegender Meinung auch unter Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO nach der *lex causae*.¹¹⁶⁵ Das wird insbesondere auch von einigen Autoren vertreten, die ansonsten im Kontext einer bereits stattgefundenen Erfüllung für eine «faktisch»-autonome Bestimmung des Erfüllungsorts eintreten.¹¹⁶⁶

Unter den – vorwiegend kursorischen – Begründungen wird im Wesentlichen angeführt, dass die Wirksamkeit einzelner Vertragspunkte nicht vom Verfahrensrecht entschieden werden könne. Das Verfahrensrecht biete keine angemessenen Antworten auf Fragen wie diejenigen der mangelnden Handlungsfähigkeit oder der fehlenden Vertretungsmacht.¹¹⁶⁷

1162 Vgl. HEUZÉ, 595 f.; GAUDEMET-TALLON, *for*, 206 f.; BRIGGS 159 f.; OBERHAMMER, Art. 5 N 62.

1163 Vorne § 12C.VI.

1164 Dazu hinten § 12K.

1165 BGH v. 1.6.2005, Rs. VIII ZR 256/04 (= IPRax 2006, 594 ff.) E II. 3; öst. OGH v. 16.12.2003, Rs. 4Ob147/03a; OLG Düsseldorf v. 30.1.2004, Rs. I 23 U 70/03 (IRH 3/2004, 108 ff., 113); KROPHOLLER, Art. 5 N 51 (allerdings im Gegensatz zu Art. 5 N 48); KLEMM 74 f.; KROPHOLLER/VON HINDEN 409; MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 326 f.; MARKUS, Zuständigkeitsrecht, 136; MARKUS, Entwicklungen, 136; MANKOWSKI, Art. 5 N 148; ELTZSCHIG 494, 496; SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, Art. 5 N 11; CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 23, N 36; CZERNICH, Erfüllungsgerichtsstand, 340; GSELL 493; MICKLITZ/ROTT 328; HUET 429; im Ergebnis LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 53; LEIBLE/SOMMER 571; HACKENBERG 273 f. (keine Relevanz der Erfüllungsortvereinbarung aber unter dem EuGVÜ; 258); im Ergebnis auch MAGNUS, UN-KAUFRECHT, 47 f., und TAKAHASHI 537; Heranziehung der *lex causae* im Falle einer ungenauen vertraglichen Angabe des Erfüllungsorts durch die Parteien: POCAR, Draft Report, Nr. 51; POCAR, Brüssel I, 18 und NEWTON 117; unklar HAGER/BENTELE 74. Die ausdrücklichen Befürworter einer autonomen Bestimmungsmethode siehe hinten Fn. 1187.

1166 Rechtsprechung und Autoren vorne Fn. 1116. Dazu hinten § 12I.V.3.b).

1167 KLEMM 74; vgl. aber hinten § 12I.IV.3.a) betr. der bestrittenen Vertragsgültigkeit; vgl. OBERHAMMER, Art. 5 N 48. Eine hiervon abweichende Literaturmeinung zur EuGVO geht irrtümlich davon aus, dass eine instrumentsautonome Beurteilung der Erfüllungsortvereinbarung bereits aufgrund

b) *Nach EuGH i.S. Color Drack*

Im zugrundeliegenden Fall ging es um die *Lieferung von Waren* an verschiedene Orte aufgrund einer einzigen Verpflichtung. Mit diesem Sonderproblem konfrontiert, hat der öst. OGH den EuGH gestützt auf Art. 234 EGV um eine Vorabentscheidung ersucht.¹¹⁶⁸

Darin geht es um eine «Sammelorder» Sonnenbrillen, die von der deutschen Verkäuferin vereinbarungsgemäss nicht an die österreichische Käuferin, sondern direkt an verschiedene, von dieser bezeichnete Detaillisten geliefert worden sind. Die Detaillisten haben ihren Sitz an verschiedenen Orten in Österreich. Die Waren wurden von der Käuferin bezahlt.

Als Klägerin machte die Käuferin ein Rückgabe- und Rückerstattungsrecht für nicht verkaufte Ware geltend. Sie klagte an ihrem österreichischen Sitz, der im Gerichtssprengel liegt, an welchem ein Teil der Sonnenbrillen geliefert wurden. Die beklagte deutsche Verkäuferin brachte vor, ihr Sitz Nürnberg sei als Erfüllungsort sowie als Gerichtsstand vertraglich vereinbart worden.¹¹⁶⁹ Das Erstgericht erkannte auf den Gerichtsstand am österreichischen Sitz der Klägerin. Eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung liege nicht vor, weil der Nachweis einer schriftlichen oder mündlichen Vereinbarung fehle.¹¹⁷⁰

Das Berufungsgericht wies die Klage ans Erstgericht zurück. Die internationale und die örtliche Zuständigkeit in Nürnberg seien nicht gegeben; das Berufungsgericht stellte darauf ab, dass keine gesonderte Erfüllungsortsvereinbarung am Sitz der Beklagten in Nürnberg vorliege.

Das Berufungsgericht und der OGH gingen hingegen beide davon aus, dass Art. 5 Ziff. 1 lit. b EuGVO eine «... einheitliche gesetzliche Regelung des Erfüllungsortes enthält, der einen einzigen Anknüpfungspunkt für sämtliche Ansprüche aus einem Kauf- oder Dienstleistungsvertrag bildet».¹¹⁷¹ Das Berufungsgericht schloss daraus, dass lit. b nicht anwendbar sei, weshalb – über lit. c – lit. a zur Anwendung komme.¹¹⁷² Somit ergebe sich ein Gerichtsstand in Nürnberg, in Anwendung der kollisionsrechtlichen Methode nach EuGH-Rechtsprechung *Tessili*.¹¹⁷³ Der OGH fragte sich denn auch (zusammen mit der Vorinstanz), «... ob die Anwendung des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO hinsichtlich eines alle Teillieferungen betreffenden Anspruches «an Grenzen stösst» ...».¹¹⁷⁴

Der EuGH teilte diese Auffassungen nicht. Unter Erfüllungsort sei nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b der Ort «... zu verstehen, an dem die engste Verknüpfung zwischen dem Vertrag und dem zuständigen Gericht besteht.»¹¹⁷⁵ Der EuGH bestimmte den Gerichtsstand im Wesentlichen, indem er unter den einzelnen Teillieferungen eine – nach wirtschaftlichen Kriterien bestimmte – Hauptlieferung aussonderte, die allein gerichtstands begründend wirkt.¹¹⁷⁶

der EuGH-Rechtsprechung v. 17. 1. 1980 *Zelger*, Rs. 56/79, zu erfolgen hatte (BRUNEAU, compétence, 535), was nicht zutrifft (vorne § 12C.IV.2). Nicht die Ermittlung erfolgt nach dieser EuGH-Rechtsprechung autonom; lediglich die vom EuGH statuierte Grenze der abstrakten, rein prozessual ausgerichteten (fiktiven) Erfüllungsortsvereinbarung ist als instrumentsautonomes Konzept zu betrachten (siehe hinten § 12I.IV.3.b).

1168 Öst. OGH v. 28. 9. 2005, Rs 7 Ob 149/05w, E 3.

1169 Öst. OGH v. 28. 9. 2005, Rs 7 Ob 149/05w, E 1.

1170 Öst. OGH v. 28. 9. 2005, Rs 7 Ob 149/05w, E 1.

1171 Öst. OGH v. 28. 9. 2005, Rs 7 Ob 149/05w, E 2, E 3.

1172 Dazu hinten § 12K.

1173 Öst. OGH v. 28. 9. 2005, Rs 7 Ob 149/05w, E 2.

1174 Öst. OGH v. 28. 9. 2005, Rs 7 Ob 149/05w, E 2, E 3.

1175 EuGH v. 3. 5. 2007 *Color Drack*, Rs. C-386/05, N 40.

1176 EuGH v. 3. 5. 2007 *Color Drack*, Rs. C-386/05, N 40.

An dieser Stelle sei auf die besondere Problematik der mehrfachen Erfüllungsorte nicht näher eingegangen.¹¹⁷⁷ Die Entscheidung berührt vielmehr auch die im vorliegenden Zusammenhang interessierende Beurteilung des *vereinbarten Erfüllungsorts*. Im Ausgangsverfahren geht es nämlich unzweifelhaft um eine *Vereinbarung*, welche die Lieferorte (Bestimmungsorte) der Sonnenbrillen bei den jeweiligen Detailhändlern festhält. Die Lieferung an eine Mehrheit verschiedener Orte ist allein aufgrund einer besonderen Vereinbarung möglich,¹¹⁷⁸ das dispositive Recht schlägt für solche Fälle keine Lösungen vor. Der öst OGH geht denn auch zu Recht in seiner Fragestellung an den EuGH ausdrücklich von einer *vereinbarungsgemässen* Lieferung an verschiedene Orte aus.¹¹⁷⁹ Daher stellt sich einzig die Frage, ob die vereinbarte Verpflichtung der beklagten Lexx darin bestand, die Ware im Sinne einer Bringschuld den einzelnen Detailhändlern zu überbringen, oder ob lediglich eine Verpflichtung zur Übergabe an einen Frachtführer im Sinne einer Versendungsschuld vorlag.¹¹⁸⁰ Als Indiz wäre insbesondere zu prüfen, ob die Verkäuferin die Gefahr für die Reise der Ware nach Österreich zu tragen hatte. Diese Frage kann aufgrund des vorliegenden Materials nicht schlüssig beantwortet werden. Immerhin sprechen einige Hinweise für eine Versendungsschuld, zumal sowohl die erste wie die zweite gerichtliche Instanz das Vorhandensein einer gültigen Erfüllungsortvereinbarung ablehnten. Auch erkannte das Berufungsgericht in Anwendung der *lex causae* auf den Sitz der Beklagten in Nürnberg als Gerichtsstand, wobei es von einer Anwendung des Art. 5 Ziff. 1 lit. a EuGVO ausging und deshalb den Gerichtsstand im Sinne der EuGH-Rechtsprechung Tessili bestimmte.¹¹⁸¹

Beim Urteil des EuGH fällt auf, dass der Gerichtshof jede Bezugnahme auf eine Vereinbarung vermeidet, obwohl die Vorlagefrage des öst. OGH und das Ergebnis des GA BOT ausdrücklich davon sprechen.¹¹⁸² Die Nichtberücksichtigung der Tatsache, dass eine Erfüllungsortvereinbarung im Spiel ist, kann nicht etwa darauf zurückgeführt werden, dass der EuGH lediglich eine Vereinbarung einer Bringschuld (*Erfüllungsort i.e.S.*) als gerichtsstandsrelevant betrachtet hätte, anstelle einer Vereinbarung einer Versendungsschuld (*Lieferort, Erfüllungsort i.w.S.*).¹¹⁸³

1177 Siehe diesbezüglich hinten § 12I.VI.2.a)ii).

1178 Vgl. GA BOT, Nr. 108.

1179 Vorlagefrage in EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, N 14; Ergebnis des GA BOT (Nr. 131); MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 329.

1180 Vgl. zu Bring- und Versendungsschuld insbesondere vorne § 3B.I.2.

1181 Nach Art. 4 Abs. 2 EVÜ ist das deutsche Recht der Verkäuferin (Lexx) anwendbar; nach § 269 Abs. 1 BGB befindet sich der Erfüllungsort am Ort des Schuldners der Sachleistung (vorne § 3C. II.1.

1182 Vorlagefrage in EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, N 14; Ergebnis des GA BOT (Nr. 131); MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 329.

1183 Vorne § 3B.I.3; § 10B.III.5. Auf die teilautonome Anknüpfung am Lieferort (Erfüllungsort i.w.S.) wird hinten im Zusammenhang mit den faktischen Theorien vertieft eingegangen; § 12I.V.3.d); § 12I.VI.

Denn der EuGH stellt durchwegs auf den *Lieferort* ab und verwendet diesen Begriff anstelle desjenigen des Erfüllungsorts.¹¹⁸⁴ Er hätte also die Frage klären müssen.

Angesichts der umfangreichen Judikatur und Literatur, die sich zur Erfüllungs-orts- und Lieferortsvereinbarung äussern,¹¹⁸⁵ erstaunt die Unterlassung des EuGH umso mehr. Über die Gründe kann nur gemutmasst werden. Der EuGH sah sich wohl dazu nicht veranlasst, weil vorliegend weder die Gültigkeit noch der Inhalt der Vereinbarung umstritten waren. Ausserdem mag die Nichtberücksichtigung der Vereinbarung auch auf GA BOT zurückgehen, der den Aspekt der Lieferortsvereinbarung erstaunlicherweise bei seiner Prüfung ebenfalls ausser Acht gelassen hat, obwohl dieser nach seinen allgemeinen Ausführungen und seinem Ergebnis durchaus beachtlich gewesen wäre.¹¹⁸⁶

c) *Alternativen zur Bestimmung nach materiellem Recht?*

Als Alternative denkbar wäre eine Bestimmung nach *autonom entwickelten verfahrensrechtlichen Kriterien*, was z.T. gefordert wird.¹¹⁸⁷ Im Sinne einer Extremlösung wird die Frage nach Gültigkeit des Vertrages bzw. von AGB vollständig ausgeklammert,¹¹⁸⁸ was jedoch die Zuständigkeitsgerechtigkeit entscheidend tangieren und zu unlösbaren Problemen führen kann.¹¹⁸⁹ Die wenigen Vorschläge für differenzierende Kriterien sind lückenhaft und geprägt von einem Auseinanderfallen zwischen Wunsch und Realität. Vorab lassen sich Kriterien zur Gültigkeit der Vereinbarung vermissen,¹¹⁹⁰ obwohl diese sachlogisch Ausgangspunkt und Basis für die Berücksichtigung einer Vereinbarung bilden.¹¹⁹¹ Z.T. wird eingestanden, dass sich die Frage ohne Zuhilfenahme des materiellen Rechts überhaupt nicht lösen lässt.¹¹⁹² Vorschläge zur inhaltlichen Bestimmung ziehen die materielle rechtliche Differenzierung zwischen Hol-, Bring- und Versendungsschulden getreu

1184 Tenor EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, sowie N 26 ff., N 32, N 34 ff., N 40, N 42. Von «Erfüllungsort» spricht der EuGH in Anführungs- und Schlusszeichen (N 39), womit er eine modifizierte Betrachtung dieses Begriffs insinuiert. Siehe dazu auch hinten § 12I.VI.1.a).

1185 Vorne Fn. 1165.

1186 GA Bot, Nr. 109; Nr. 131; MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 328 f.

1187 Vgl. KOHLER, Vergemeinschaftung, 477; GEHRI 197; GEIMER/SCHÜTZE, Zivilverfahrensrecht, Art. 5 EuGVO, N 92, welche die Voraussetzungen und Wirksamkeit der Erfüllungsortsvereinbarung dem «durch die Verordnung geschaffene(n) Gemeinschaftsrecht» überlassen wollen. Die Autoren äussern sich allerdings nicht weiter zur Qualität dieses Gemeinschaftsrechts. Vgl. auch KROPHOLLER, Art. 5 N 48, welcher Autor aber insgesamt eher zur Bestimmung *lege causae* tendiert (Art. 5 N 51; Fn. 1165); BRUNEAU 535 (Bestimmung nach einer im Unbestimmten verbleibenden «... économie du contrat, telle qu'elle sera appréciée par le juge ...»); in dieser Richtung auch THORN 356.

1188 SCHACK, Erfüllungsort, N 208, zu Art. 29 ZPO/D.

1189 Siehe nachstehend § 12I.IV.2.d).

1190 Vgl. LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 53.

1191 KLEMM 74; vgl. TAKAHASHI 537.

1192 SCHACK, Erfüllungsort, N 346.

nach¹¹⁹³ oder berufen sich zur Auslegung der Vereinbarung auf die Umstände des Einzelfalls oder auf Handelsbräuche.¹¹⁹⁴ So wird denn auch ein Rückgriff auf materiellrechtliche Kriterien als unvermeidlich eingeräumt; im selben Zug wird aber die Anwendung der *lex causae* ausgeschlossen,¹¹⁹⁵ so dass offen bleibt, woher diese Kriterien bezogen werden sollen. So gesehen wäre das materielle Recht inhaltlich (wohl rechtsvergleichend) nachzuvollziehen und damit das Rad sozusagen neu zu erfinden.¹¹⁹⁶

Damit bliebe grundsätzlich die Möglichkeit einer Bestimmung nach *gemeineuropäischen materiellrechtlichen Rechtsprinzipien* offen,¹¹⁹⁷ wobei die PECL als Ausdruck dieser Rechtsprinzipien herangezogen werden könnten. Eine Anwendung der PECL als europäisches Verfahrensrecht hätte den Vorteil, dass auf bereits bestehende Regeln zurückgegriffen werden kann, die zugleich eine gewisse Kohärenz mit dem materiellen Recht gewährleisten würden. Allerdings haben sich die PECL in der Praxis des materiellen Rechts (noch) nicht eingespielt, so dass ein erhöhter Konkretisierungsbedarf durch die Gerichte und damit eine gewisse Rechtsunsicherheit bestehen würde. Wie erwähnt, verfügen heute weder die PECL noch die PICC über eine selbständige Geltungsgrundlage, weshalb auch eine Anwendung der *principles* als Verfahrensrecht mit einem Legitimationsdefizit behaftet wäre.¹¹⁹⁸ Bis zu einem gewissen Grad wäre schliesslich ein Auseinanderfallen der materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Lösungen nicht zu vermeiden, was insbesondere bei den Fragen des Zustandekommens und der Gültigkeit der Vereinbarung aus nachstehend erläuterten Gründen nicht wünschbar ist.¹¹⁹⁹

d) *Bestimmung nach materiellem Recht unverzichtbar*

Auf der Ebene der Erfüllungsortvereinbarung fordern die parallelen Wertungen zwischen dem materiellen Recht und dem Verfahrensrecht ihre Berücksichtigung am deutlichsten.¹²⁰⁰ Der Zweck des Gerichtsstands besteht darin, Sach- und Beweisnähe des Gerichts zum Streitobjekt herbeizuführen.¹²⁰¹ Auch wenn dieses

1193 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 53.

1194 KROPHOLLER, Art. 5 N 48; GEHRI 197.

1195 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 52 f.

1196 MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 326. Vgl. zur autonomen Auslegung vorne § 12B.I.

1197 GSELL 491 f.; THEISS/BRONNEN 355 f.; vgl. LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 54; vorne § 12I.III; hinten § 12I.VII.1.

1198 Vgl. vorne § 4C.I, § 4C.II, § 4C.III; § 4D.V.2.

1199 Dazu nachstehend § 12I.IV.2.d). Eine Anwendung der PECL ist in Zukunft jedoch denkbar; hinten § 12I.VII.1

1200 Vgl. vorne § 2C.

1201 KLEMM 29 f.; zur Teleologie vorne § 2B; hinten § 12J.IV.2.

Ziel beim Vertragsgerichtsstand nur im Sinne einer Annäherung erreicht werden kann,¹²⁰² so ist auch eine solche nur möglich, wenn dem übereinstimmenden Parteiwillen weitestmögliche Beachtung geschenkt wird. In der Zeitspanne zwischen Vertragsschluss und Vertragserfüllung ist der übereinstimmende Parteiwille der einzige Anhaltspunkt dafür, wie sich die Abwicklung des Vertrags in der Realität gestalten könnte. Nach erfolgter Erfüllung kann sich zwar eine vom ursprünglichen Parteiwillen abweichende Realität offenbaren; gerichtsstandsrechtliche Konsequenzen dieser Realität müssen aber aus zwingenden Gründen der Rechtssicherheit von einer Änderungsvereinbarung getragen sein.¹²⁰³ Aus diesen Gründen ginge es nicht an, der Erfüllungsortsvereinbarung jede gerichtsstands begründende Wirkung zu nehmen.¹²⁰⁴

Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die Wirksamkeit einzelner Vertragspunkte nicht vom Verfahrensrecht entschieden werden könne, weil das Verfahrensrecht keine angemessenen Antworten auf Fragen wie etwa die mangelnde Handlungsfähigkeit oder fehlende Vertretungsmacht bieten könne.¹²⁰⁵ Dasselbe gilt allgemein für die Fragen des Zustandekommens und der Gültigkeit der Vereinbarung.¹²⁰⁶ Aus verfahrensrechtlichen Gründen ist zwar bei *umstrittener* Gültigkeit des zugrundeliegenden Vertrags ausnahmsweise die Frage der Gültigkeit der Erfüllungsortsvereinbarung für die Bestimmung des Gerichtsstands beiseite zu lassen.¹²⁰⁷ Dagegen sollen materiellrechtliche Gültigkeit und Inhalt eine Rolle für den Gerichtsstand spielen, wenn nicht der Bestand des Vertrags, sondern allein der *Bestand der Erfüllungsortsvereinbarung* im Streit liegt. Die Wahrscheinlichkeit solcher Streitigkeiten ist gross, denn eine konkludente Vereinbarung des Erfüllungsorts reicht zur Begründung eines Gerichtsstands aus.¹²⁰⁸ In der Praxis

1202 Zur aus Gründen der Rechtssicherheit notwendigen Relativierung der Sach- und Beweisnähe hinten § 12J.IV.2.

1203 Zum Erfordernis einer Änderungsvereinbarung bei Erfüllung an einem anderen als dem ursprünglich vereinbarten Ort: hinten § 12I.V.3.c)ii).

1204 A. M. CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 24, und SCHACK, Erfüllungsort, N 346, welcher von der deutschen Regelung (vorne § 10C) beeinflusste Autor die Erfüllungsortsvereinbarung als «trägerisch» betrachtet und vollständig ausklammern will. Er insinuiert dabei, dass der vereinbarte Erfüllungsort weiter vom Beklagten entfernt liegt als der dispositivrechtlich bestimmte. Dafür gibt es indessen keine Anhaltspunkte: Der dispositivrechtlich bestimmte Gerichtsstand hängt hauptsächlich von der Parteirolle und der gesetzlichen Ausgestaltung des Erfüllungsorts ab, zumal auch dieser Gerichtsstand nicht im Dienst des Schutzes einer bestimmten Vertragspartei steht (vorne § 10C; hinten § 12J.IV.3).

1205 KLEMM 74; vgl. ELTZSCHIG 494 und CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 23; vgl. aber hinten § 12I.IV.3.a).

1206 Vgl. KLEMM 74, OBERHAMMER, Art. 5 N 48 und TAKAHASHI 537.

1207 Zur Situation bei umstrittener Gültigkeit des Vertrags sogleich nachstehend § 12I.IV.3.a).

1208 OLG Düsseldorf v. 30. 1.2004, Rs. I 23 U 70/03, IHR 3/2004 (108 ff.) 113; KLEMM 74 f.; KROPHOLLER, Art. 5 N 51.

sind Erfüllungsortsklauseln häufig in AGB enthalten.¹²⁰⁹ Hier sind v.a. Streitigkeiten über deren gültigen Einbezug in den Vertrag denkbar.¹²¹⁰

Beispiel: Die Zürcher Kleiderboutique X GmbH bestellt beim Münchener Kleidergrossisten Y AG telefonisch 20 Stück Designeranzüge der Marke «Vogue» und vereinbart Ablieferung durch die Y AG vor Ort in Zürich. Weil die Hosen schadhafte sind, klagt die X GmbH in Zürich auf Minderung des Kaufpreises und Schadenersatz. Vor dem Zürcher Gericht bestreitet die Y AG dessen Zuständigkeit und beruft sich auf die AGB der Y AG, die auf der *website* der Firma publiziert sind. Diese AGB enthalten die Klausel «Erfüllungsort für alle Verpflichtungen aus Verträgen mit der Y AG ist am Ort der Herstellerin (Mutterfirma) in Hamburg».

Bei der Beurteilung einer Zürcher Zuständigkeit sind die Fragen zu beantworten, ob die Erfüllungsortvereinbarung in den AGB gültig in den Kaufvertrag einbezogen wurden, bzw. ob eine diesen vorgehende Spezialabrede¹²¹¹ getroffen wurde. Der Einbezug der AGB könnte unter schweizerischem und unter deutschem AGB-Recht am ausreichenden Hinweis auf die AGB gebrechen.¹²¹²

Modifiziertes Beispiel: Vor Eintreffen der Anzüge erhält die X GmbH ein Schreiben der Y AG, mit welchem die Bestellung der 20 Anzüge bestätigt wird. Auf der Rückseite des Schreibens sind AGB abgedruckt, welche die Klausel «Erfüllungsort für alle Verpflichtungen aus diesem Vertrag ist Hamburg» enthalten. Die X GmbH widerspricht dem Bestätigungsschreiben nicht. Auf spätere Anfrage erhält sie die Auskunft, die 20 Anzüge liegen in Hamburg bereits einige Zeit zur Abholung bereit. Unter Protest lässt die X GmbH die Anzüge in Hamburg abholen. Nach Feststellung der Schadhaftheit der Anzüge erhebt die X GmbH Klage in Zürich.

Ähnliche Fragen können im Zusammenhang mit kaufmännischen Bestätigungsschreiben entstehen.¹²¹³ Im nachfolgenden modifizierten Beispiel stellt sich die Frage, ob der geänderte Erfüllungsort nach Bestätigungsschreiben durchschlägt. Nach schweizerischem und deutschem Recht wäre darauf zu achten, ob der Protest der X GmbH noch rechtzeitig erfolgte, und ob der geänderte Erfüllungsort eine Abweichung vom Vereinbarten darstellt, bei welcher nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden kann. Nach deutschem AGB-Recht wäre zusätzlich abzuklären, ob die Änderung des Bestätigungsschreibens gegenüber der telefonischen Vereinbarung von der Y AG bewusst und absichtlich vorgenommen wurde.¹²¹⁴

In solchen Situationen vereinfachend von einer Gültigkeit auszugehen,¹²¹⁵ würde dazu führen, dass Erfüllungsortsklauseln durchwegs gerichtsstandsrelevant wären, losgelöst von ihrer materiellen Geltung oder Zulässigkeit. Eine solch

1209 FECHNER, *passim*; CZERNICH, Erfüllungsortsgerichtsstand, 340; CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 23.

1210 Zum Einbezug von AGB vorne § 3B.III.2.g)i); § 3C.II.2.d); § 3D.III; § 4B.II.3.c).

1211 Vorne § 3B.III.2.g)i).

1212 Vgl. OLG Düsseldorf v. 30. 1. 2004, Rs. I 23 U 70/03, IRH 2004, 110 ff., 113; vorne § 3B.III.2.g)i) und § 3C.II.2.d).

1213 Siehe öst. OGH v. 14. 12. 2004, Rs. 1 Ob 94/04 m.

1214 Vorne § 3B.III.2.g)i) und § 3C.II.2.d).

1215 HAGER/BENTELE 74; POCAR, Brüssel I, 18; NEWTON 117. Davon zu unterscheiden ist eine Überprüfung der Zuständigkeit, die aus prozessökonomischen Gründen erst im Rahmen und gemein-

grundlegende Despektierung der materiellrechtlichen Privatautonomie¹²¹⁶ zöge auch auf der Ebene des Gerichtsstands ungerechte Konsequenzen nach sich; Privatautonomie und gewisse Aspekte der gerichtsstandsrechtlichen Parteiautonomie¹²¹⁷ gehen hier Hand in Hand. So würden nämlich unhaltbare Praktiken gefördert, nach welchen Erfüllungsortsklauseln unbesehen ihrer materiellrechtlichen Gültigkeit in AGB oder Bestätigungsschreiben untergebracht werden, allein mit dem Zweck, einen für den Verwender günstigen Gerichtsstand zu begründen. Vollkommen unlösbar würde die Situation im Fall sich widersprechender AGB, weil dem Verfahrensrecht keine Kriterien zu entnehmen sind, auf welche Normen diesfalls abzustellen ist.¹²¹⁸

Daraus erhellt, dass holzschnittartige Lösungen, welche allein im Hinblick auf das Verfahrensrecht entworfen werden, den beschriebenen Ansprüchen der Zuständigkeitsgerechtigkeit nicht genügen können. Auf die Heranziehung des materiellen Rechts kann deshalb aus der Perspektive der Zuständigkeitsgerechtigkeit nicht verzichtet werden.

3. *Verfahrensrechtliche Grenzen der Erfüllungsortsvereinbarung*

a) *Umstrittene Gültigkeit des zugrundeliegenden Vertrags*

Vorstehend wurde auf Einschränkungen der materiellrechtlichen Prüfung hingewiesen, die sich aus der prozessualen Natur des Gerichtsstandsrechts ergeben. Aus dieser Sicht ist die Situation besonders zu beurteilen, in welcher die *Gültigkeit des Vertrages an sich* im Streit steht. In diese Kategorie können auch Situationen fallen, in denen mangelnde Handlungsfähigkeit oder fehlende Vertretungsmacht einer Partei behauptet werden.

Die Vereinbarung des Erfüllungsorts trägt i.d.R. nicht selbständig und ist vom Bestand des zugrundeliegenden Vertrags abhängig,¹²¹⁹ weshalb ihr Bestand in einer solchen Situation notwendigerweise mit in Frage gestellt ist.

Wie erwähnt, ist ein Vertragsgerichtsstand in dieser Situation i.d.R. gegeben,¹²²⁰ nach einer breiten Sichtweise der Vertragszuständigkeit. Unklar ist aber, wo dieser liegt: am «vereinbarten» Erfüllungsort oder am Erfüllungsort nach dispositivem Recht? Die breite Lösung betreffend die Anwendung des Vertragsge-

sam mit der materiellrechtlichen Prüfung erfolgt (Lehre von den doppelrelevanten Tatsachen; vorne § 10B.III.4).

1216 Vorne § 3B.III.2; § 3C.II.2; § 3D.III; § 4B.II.3.

1217 Obwohl es sich bei den gerichtsstandsrechtlichen Konsequenzen eines vereinbarten Erfüllungsorts nicht um einen Aspekt der Parteiautonomie i.e.S. handelt; hinten § 12I.IV.3.b); § 12I.IV.3.c).

1218 Nach materiellrechtlicher «Restgültigkeitstheorie» ist das dispositive Recht massgeblich; vgl. vorne § 3B.III.2.g)i); § 3C.II.2.d); § 3D.III; § 4B.II.3.c).

1219 Vorne § 3B.III.2.a).

1220 Unter Vorbehalt offensichtlicher Vertragslosigkeit. Zum insofern breiten Anwendungsbereich vorne § 12F.

richtsstands ruft notwendigerweise nach einer analogen Lösung auf der Ebene der Erfüllungsortsvereinbarung: Auch die Erfüllungsortsabrede ist trotz der offenen Gültigkeitsfrage für den Gerichtsstand als massgeblich zu betrachten. Denn andernfalls könnte der Gerichtsstand von der Beklagten mit einer einfachen Bestreitung der Vertragsgültigkeit manipuliert werden.¹²²¹

b) *Abstrakte Erfüllungsortsvereinbarungen*

Erfüllungsortsvereinbarungen sind grundsätzlich gerichtsstandsbe gründend.¹²²² Das gilt jedoch nicht für *prozessual ausgerichtete, abstrakte* Erfüllungsortsvereinbarungen, die keinen Bezug zur Vertragswirklichkeit haben. Eine solche Vereinbarung kann vorliegen, wenn die Parteien eines Kaufvertrags die Lieferung der Ware durch die Verkäuferin am Ort des Käufers vereinbaren, jedoch gleichzeitig im Vertrag den Sitz der Verkäuferin als den formellen «Erfüllungsort» festhalten (fiktive Versandungsschuld).¹²²³ Solche Vereinbarungen sind meist verkappte Gerichtsstandsvereinbarungen und unterstehen deshalb den Anforderungen (insbesondere Formvorschriften) nach Art. 23 rev. LugÜ/EuGVO.¹²²⁴

Rechtsprechung und Literatur wollen diese Einschränkung, die für LugÜ/EuGVÜ entwickelt worden war, zu Recht auch auf Art. 5 Ziff. 1 lit. b EuGVO angewendet wissen.¹²²⁵

Das vorliegende Konzept ist im Übrigen als instrumentsautonome Einschränkung der materiellen Rechtsanwendung zu betrachten,¹²²⁶ wobei inhaltlich eine Orientierung an den materiellrechtlichen Regeln über die Simulation erkennbar ist.¹²²⁷

c) *Vereinbarung des Erfüllungsorts einer nicht-charakteristischen Verpflichtung*

Beim vereinbarten Erfüllungsort stellt sich die Frage, ob die *Konzentration des Gerichtsstands* nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO auch in diesem Rahmen zu beachten ist. Die Alternative bestünde darin, dass Erfüllungsortsvereinbarungen für jede beliebige Verpflichtung des Vertrags gerichtsstandswirksam wer-

1221 Vorne § 12F.

1222 Vgl. LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 43.

1223 Vgl. Beispiel bei CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 22.

1224 EuGH v. 20.2.1997, Mainschiffahrts-Genossenschaft (MSG), Rs. C-106/95, N 31 ff.; KLEMM 33 ff.; DONZALLAZ, N 4709 ff.; SCHACK, Verfahrensrecht, 124 f.

1225 Öst. OGH v. 8.9.2005, Rs. 8 Ob 83/05x; OLG Köln v. 16.6.2006, Rs. 16 U 47/05, IRH 2/2006, 87; KLEMM 75 ff.; KROPHOLLER, Art. 5 N 36; THEISS/BRONNEN 353; vgl. LEIPOLD 448; KOHLER, Revision, 1; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 222. Zur Anwendung bei mehrfachen Erfüllungsorten hinten § 12I.VI.2.a)ii).

1226 KOHLER, Vergemeinschaftung, 477.

1227 Art. 18 OR.

den, womit die Parteien sozusagen die Anwendung der De Bloos-Rechtsprechung¹²²⁸ vereinbaren könnten.¹²²⁹

Für letztere Lösung wird die Paraphrase in lit. b «... – sofern nichts anderes vereinbart worden ist – ...» angeführt.¹²³⁰ Zudem wird argumentiert, es falle schwer, Erfüllungsortsvereinbarungen danach zu unterscheiden, ob sie unter lit. a fallen oder unter lit. b.¹²³¹ Weiter wird angeführt, es müsse – im Sinne einer Respektierung der Parteiautonomie – den Parteien freistehen, vertraglich zu der Aufteilungslösung zurückzukehren und etwa für Kaufpreiszahlungsklagen einen besonderen Gerichtsstand am Zahlungsort vorzusehen.¹²³²

Als Bestrebungen zur Bewahrung einer bereits unter LugÜ/EuGVÜ gegebenen Parteiautonomie klingen diese Argumente *prima vista* gut. Parteiautonomie ist denn auch selbstverständlich, was die freie Wahl des Gerichtsstands im Rahmen des Art. 23 rev. LugÜ/EuGVO betrifft. Die Privatautonomie ist denn auch breit akzeptiert, was die Wahl des materiellrechtlichen Erfüllungsorts anbelangt.¹²³³ Im Gegensatz zu Art. 23 rev. LugÜ/EuGVO ist der Gerichtsstand des Erfüllungsorts indessen ein objektiver Gerichtsstand, weshalb das Argument der Parteiautonomie i.e.S. nicht verfängt.¹²³⁴ Das System der objektiven Gerichtsstände folgt seiner eigenen *ratio*: Herstellung von Sach- und Beweisnähe des Verfahrens, welche der revidierte Vertragsgerichtsstand *am Erfüllungsort der charakteristischen Verpflichtung* sieht.¹²³⁵ Bei der Vereinbarung des Erfüllungsorts steht der materiellrechtliche Erfüllungsort als Regelung der Vertragsrealität im Zentrum, nicht der darauf gestützte Gerichtsstand. Der Gerichtsstand ist zu dieser Re-

1228 EuGH v. 6. 10. 1976 De Bloos, Rs. 14/76.

1229 Dafür KROPHOLLER JAN, Europäisches Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2002, Art. 5 N 43 (aber kritisch in 8. Aufl. Art. 5 N 51); Art. 5 N 44; PILTZ, Gerichtsstand, 55; KLEMM 79 ff.; KANONOWSKI/GERLING 5; TAKAHASHI 537 f.; zweifelnd FURRER/SCHRAMM, Zuständigkeitsprobleme, 140. Vgl. ELTZSCHIG 493, der gegen diese Möglichkeit tendiert. Gegen diese Möglichkeit MICKLITZ/ROTT, EuZW 2001, 328; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 57; LEIBLE/SOMMER 570 f.; GAUDEMET-TALLON, compétence, 161.

1230 KLEMM 79 ff.; TAKAHASHI 537 f. Dieser Autor übt allerdings auch Kritik an dieser Lösung, weil er eine Abweichung vom sach- und beweisnahen Gerichtsstand befürchtet.

1231 Vgl. KROPHOLLER, Art. 5 N 51. Zur Abgrenzung zwischen lit. a und b hinten § 12K.

1232 PILTZ, Gerichtsstand, 55, sich u.a. beziehend auf die Begründung der EG-KOMMISSION, Vorschlag, 15; KROPHOLLER, Art. 5 N 51; KLEMM 79 f. Dahingehend kann – wenn auch mit Mühe – die Begründung der EG-KOMMISSION, Vorschlag 15, gelesen werden; vgl. dagegen LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 57.

1233 Vorne § 5.

1234 Zur Abgrenzung zwischen Gerichtsstandsvereinbarung und Erfüllungsortsvereinbarung KLEMM 122 ff. Vom Postulat der Parteiautonomie zu unterscheiden ist das Postulat der Respektierung der Privatautonomie, die für den Vertragsgerichtsstand durchaus von Bedeutung ist (hinten § 12J.VI).

1235 EuGH v. 3. 5. 2007 Color Drack, Rs. C-386/05, N 22. Vgl. TAKAHASHI 537 f.; KROPHOLLER, Art. 5 N 51 *if.*; KLEMM 29 ff.

gelung akzessorisch, widrigenfalls es sich um eine «abstrakte Erfüllungsortsvereinbarung» handeln kann.¹²³⁶

Ausserdem ist nicht ersichtlich, warum die problematisierte und breit kritisierte Aufteilung und Vermehrung der Gerichtsstände im Fall einer Vereinbarung im Rahmen der lit. b dennoch aufrechterhalten werden soll. Der von der Revision anvisierte Zahlungsgerichtsstand lebt so in der Praxis ohne Weiteres wieder auf und tritt neben den Erfüllungsgerichtsstand der charakteristischen Verpflichtung. Die quantitative Bedeutung in der Praxis ist nicht zu unterschätzen, weil Zahlungsorte häufig konkludent vereinbart werden, so z.B. in Form einer Nennung der Bank- oder Postcheck-Kontonummer auf Briefpapier oder Rechnung oder gar der blossen Publikation des Postcheckkontos in einem Kontoverzeichnis.¹²³⁷

Will man die Vermehrung der Gerichtsstände vermeiden, so ist theoretisch nur eine Variante zur hier vertretenen, einschränkenden Lösung denkbar: Eine Konzentration des Gerichtsstands innerhalb des Vertrags erfolgt durchwegs beim gewählten Erfüllungsort, ungeachtet der Frage, für welche Verpflichtung der Erfüllungsort gewählt wurde, insbesondere also auch dann, wenn er für eine nicht-charakteristische Verpflichtung vereinbart wurde. Dies wäre aber nicht nur eine offensichtliche Überdehnung der Erfüllungsortsvereinbarung, sondern widerspräche deutlich dem genannten *telos* des Vertragsgerichtsstands, der Wahrung der Sach- und Beweisnähe.¹²³⁸ Ausserdem entstünden unvermeidbar Probleme bei mehreren gewählten Erfüllungsorten innerhalb eines Vertrags.

Aus diesen Gründen wird vorliegend dafür eingetreten, dass im Rahmen der lit. b nur ein gewählter Erfüllungsort der charakteristischen Verpflichtung gerichtstands begründende Wirkung entfalten kann.

4. Zwischenergebnis

Bei der Erfüllungsortsvereinbarung zeigt sich, dass verfahrensrechtliche Lösungen ohne jede Berücksichtigung des materiellen Rechts den Ansprüchen eines Vertragsgerichtsstands nicht zu genügen vermögen. Gültigkeit und Inhalt der Erfüllungsortsvereinbarung sind grundsätzlich im Rahmen der Prozessvoraussetzungen zu prüfen,¹²³⁹ unter Vorbehalt der aufgezeigten, verfahrensrechtlich motivierten Grenzen. Es bleibt zu bedauern, dass diesbezügliche Ausführungen der EuGH-Entscheidung Color Drack der beschränkten Anlage der Vorlagefrage zum Opfer gefallen sind.¹²⁴⁰

1236 Vorne § 12I.IV.3.b).

1237 Zur konkludenten Vereinbarung im schweizerischen Recht vorne § 3B.III.2.e).

1238 § 12H.III.3.

1239 SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, Art.5 N 11; zur Behandlung als doppelrelevante Tatsache (Prozessökonomie) vorne § 10B.III.4.

1240 MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 329.

V. «Faktisch»-autonome Bestimmung: Konzepte und deren Grenzen

1. Einleitende Bemerkungen

Bei den «faktisch»- autonomen Konzepten kann zwischen einem theoretischen, «reinen» Ansatz, der konsequent vom Lageort des Vertragsgegenstands ausgeht, und erfüllungsorientierten Ansätzen, die allein auf die Situation nach erfolgter Erfüllung fokussieren, unterschieden werden (faktische Erfüllungskonzepte). Hauptsächlich letztere Konzepte haben in der Literatur ihren Niederschlag gefunden und sind vorliegend näher zu untersuchen. Sie rühren – zumindest vordergründig – an der bisherigen Bestimmungsgrundlage der *lex causae* und bringen gleichzeitig neue Anknüpfungen des Gerichtsstands ins Spiel (Absende- oder Lieferort bzw. Bestimmungsort).¹²⁴¹

2. Lageort-Konzept als «reines» Konzept der faktischen Bestimmung?

Ein Lageort-Konzept wird in reiner Form nirgends vertreten; seine kurze Darstellung soll aber das Verständnis für die grundsätzlichen Bedenken fördern, die der Autor dem Postulat einer faktischen Bestimmung des Vertragsgerichtsstands entgegenbringt. Sie soll auch zeigen, dass sogenannte «faktische» Konzepte bei näherer Betrachtung Kompromisse darstellen, die notwendigerweise normative Elemente enthalten.

Die Zuordnung einer Sache oder einer Handlung zu einem Ort ist ein objektiv feststellbares und tatsächliches Tatbestandsmerkmal, frei von normativen Elementen. Theoretisch denkbar ist demnach ein rein faktisches Konzept,¹²⁴² das auf den Lageort des Vertragsgegenstands im Zeitpunkt der Klageanhebung abstellt.¹²⁴³ Es präsentiert sich statisch, rein lageortsbezogen und vermag damit den dynamischen Begriff der Erfüllung zu vermeiden. Das Konzept gilt damit auch für die Situation *vor der Erfüllung*, im Unterschied zu den hinten beschriebenen faktischen Erfüllungskonzepten.¹²⁴⁴ Für die Primärpflicht auf Übergabe des Vertragsobjekts ist dessen Lageort massgeblich, *nach erfolgter Erfüllung* gilt der eventuelle neue Lageort.¹²⁴⁵ Der neue Lageort ist auch für allfällige sekundäre Rückabwicklungsverpflichtungen auf Rückgabe des Vertragsobjekts massgeblich.¹²⁴⁶

Mit diesem Konzept wird ein Rückgriff auf normative Kategorien weitgehend vermieden, normative Begriffe wie «Erfüllung» oder «Lieferung» bleiben ausser

1241 Vgl. vorne § 3B.I.3 zum Erfüllungsort i.w.S.

1242 Vgl. SCHACK, Erfüllungsort, N 212 ff.; N 347 ff., welcher Autor aber das Konzept nicht in der vorliegenden Ausprägung vertritt.

1243 Verbleibendes, nicht zu beseitigendes normatives Element ist hierbei der verfahrensrechtlich zu bestimmende Zeitpunkt der Klageanhebung.

1244 Hinten § 12I.V.3.b).

1245 SCHACK, Erfüllungsort, N 348.

1246 SCHACK, Erfüllungsort, N 212 f.

Betracht. Indem das Konzept konsequent auf den tatsächlichen Lageort zum Zeitpunkt des Prozesses abstellt, wird es dem Kriterium der Sach- und Beweisnähe optimal gerecht.

Dem beschriebenen Lageort-Konzept sind hingegen enge sachlogische Grenzen gesetzt.¹²⁴⁷ So versagt es z.T. bei unausgeschiedenen Gattungsschulden oder bei Dienstleistungen.¹²⁴⁸ Für den verbleibenden Bereich hauptsächlich des Stückkaufs ist für den konsequenten Verzicht auf normative Kriterien ein hoher Preis zu zahlen, was die Voraussehbarkeit des Gerichtsstands anbelangt. Der Gerichtsstand ist bis zur Erfüllung allein in die Hand des Sach-Schuldners gelegt, dem die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Vertragsobjekt zukommt.¹²⁴⁹ Nachdem der Sach-Gläubiger das Vertragsobjekt in Gewahrsam genommen hat, dreht sich der Spiess um. Der Lageort unterliegt ab diesem Zeitpunkt naturgemäss allein dessen Willkür. Zu keinem Zeitpunkt ist die Möglichkeit der jeweiligen anderen Partei garantiert, den Gerichtsstand basierend auf objektiv feststellbaren Kriterien voranzusehen.

Zwar ist der Lageort der Sache auch nach dem materiellen Recht einer Reihe von Staaten als Erfüllungsort vorgesehen.¹²⁵⁰ Diese Rechtsordnungen setzen indessen voraus, dass der Lageort der Sache dem Sach-Gläubiger mindestens bekannt sein musste.¹²⁵¹ Jede andere Lösung stünde in scharfem Gegensatz zu den legitimen Erwartungen des Gläubigers der Sachleistung, der sich mangels gegenteiliger Indizien an den Wohnsitz des Sachschuldners halten wird, in Übereinstimmung mit den materiellrechtlichen Auffanglösungen.¹²⁵²

Das «reine» Lageortskonzept ist deshalb mit den spezifisch auf das europäische Zivilprozessrecht zugeschnittenen Auslegungsgrundsätzen des EuGH nicht zu vereinbaren.¹²⁵³ Es steht der Anforderung diametral entgegen, dass der Vertragsgerichtsstand sich auf Tatbestandsmerkmale zu stützen hat, die beim Vertragsschluss bereits feststehen.¹²⁵⁴ Auch wenn die beschriebenen Manipulationsmöglichkeiten der Parteien als Verstoss gegen Treu und Glauben zu bezeichnen

1247 Vgl. CZERNICH, Erfüllungsggerichtsstand, 342, der ein tatsächliches Konzept für «logisch unmöglich» hält.

1248 Deshalb schlägt die Literatur die nachstehend erwähnte Auffanganknüpfung am Wohnsitz des Schuldners vor (SCHACK, Erfüllungsort, N 352).

1249 Vgl. CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 27.

1250 Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR; Art. 1247 Abs. 1 und Art. 1609 CC/F (vgl. vorne § 3B.IV.1; § 3D.II); sodann Belgien; Luxemburg, Niederlande, Italien und Vereinigtes Königreich; SCHACK, Erfüllungsort, N 347, Fn. 120.

1251 Vorne § 3B.IV.1; § 3D.II; § 4B.II.4.a).

1252 Vorne § 3B.IV.1; § 3D.II; § 3C.II.3; § 4B.II.4.a). Vgl. auch die berechtigte Kritik von VALLONI 294 f.

1253 Vorne § 12B.I.

1254 Vgl. SCHACK, Zivilverfahrensrecht, N 257; vgl. LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 8; vgl. VALLONI 294 f.

wären, so ergäbe eine Korrektur allein mit diesem allgemeinen Rechtsgrundsatz dennoch ein erhebliches Defizit an Voraussehbarkeit des Gerichtsstands.

Ein erhebliches Defizit an Rechtssicherheit ergäbe sich zudem aus dem Gesichtspunkt, dass die Bestimmung des Vertragsgerichtsstands als reine Sachverhaltsfrage der Kognition der obersten Gerichte,¹²⁵⁵ die im Wesentlichen auf Rechtsfragen beschränkt ist, entzogen bliebe.

Aus diesen Gründen wird das Lageort-Konzept in seiner reinen Form nicht vertreten. Ableitungen von diesem Konzept stellen auf den Lageort zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses¹²⁵⁶ bzw. zum Zeitpunkt nach der Erfüllung¹²⁵⁷ ab. Damit ist aber bereits ein Rückgriff auf die materiellrechtlichen, normativen Kriterien des Vertragsschlusses oder der Erfüllung verbunden.

Die Literatur, die sich auf den faktischen «Standort» des Vertragsgegenstands beruft,¹²⁵⁸ schränkt dieses den erwähnten logischen Grenzen entsprechend ein. So wird als Auffanganknüpfung ein Erfüllungsortsgerichtsstand am Wohnsitz des Schuldners vorgeschlagen.¹²⁵⁹ Vor allem aber relativieren die befürwortenden Autoren das Konzept – zu Recht – erheblich, indem sie die *Voraussehbarkeit* des «Standorts» für den Vertragspartner voraussetzen.¹²⁶⁰ Diese Voraussetzung wird insofern präzisiert, als dass «aus der Voraussehbarkeit des Gerichtsstands für die Parteien folgt, dass ihnen der Standort bei Vertragsschluss bekannt sein muss».¹²⁶¹ Indem mit dieser Formel der Wissensstand des Vertragspartners einbezogen wird, kommen die Konzepte den vorne dargestellten materiellrechtlichen Lösungen des schweizerischen und französischen Rechts sowie des CISG¹²⁶² weitgehend gleich. Sie bedeuten damit nicht zuletzt auch eine wesentliche Annäherung an die eigentliche Erfüllungsortvereinbarung, die sich von den genannten dispositivrechtlichen Lösungen lediglich durch das in der Praxis kaum erhebliche Willenselement unterscheidet.¹²⁶³

1255 Vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 BGG.

1256 SCHACK, Erfüllungsort, N 212.

1257 Faktische Erfüllungskonzepte, hinten § 12I.V.3.b).

1258 SCHACKS, Erfüllungsort, N 344 ff. (die Theorie wurde noch im Hinblick auf das EuGVÜ entwickelt); HACKENBERG 229 f.; 255 ff.; 272 f.

1259 SCHACK, Erfüllungsort N 352.

1260 SCHACK, Erfüllungsort, N 350; vgl. auch SCHACK, Zivilverfahrensrecht, N 257. HACKENBERG 229.

1261 SCHACK, Erfüllungsort, N 212. Vgl. HACKENBERG 229, der die Voraussehbarkeit insofern konkretisiert, als «... dass der Standort einen eigenständigen Bezug zu einer der Vertragsparteien aufweisen und der anderen Partei bei Vertragsschluss bekannt sein muss ...».

1262 Vorne § 3B.IV.1; § 3D.II § 4B.II.4.a); für das im Ergebnis gleichlautende deutsche Recht vgl. vorne § 3C.II.2.c).

1263 Vorne § 3B.IV.1. Dies ist bemerkenswert, weil SCHACK und HACKENBERG (SCHACK, Erfüllungsort, N 346; HACKENBERG 258) eine Massgeblichkeit der Erfüllungsortvereinbarung zur Gerichtsstandsbestimmung unter allen Umständen ablehnen. Vgl. im Übrigen REGIERUNG DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND in der EuGH-Rechtssache C-440/97 Concorde, zit. bei GA RUIZ-JARABO COLOMER, Nr. 18, die auf den *vereinbarungsgemässen Standort* der Sache abstellen will.

3. *Faktische Erfüllungskonzepte («tatsächliche Erfüllung»)*

a) *Überwindung normativer Kategorien?*

Eine Verfeinerung des vorstehend beschriebenen Konzepts bestünde darin, statt an den Lageort an eine relevante Tatsache oder Handlung anzuknüpfen, die lokalisiert werden kann. Die relevanten Handlungen des Schuldners können unschwer als «Erfüllung» oder «Lieferung» der Ware oder «Erbringung» der Dienstleistung im Sinne der Gerichtsstandsnorm identifiziert werden, diejenigen des Gläubigers etwa als «In-Gewahrsam-« oder «In-Besitznahme» des Kaufgegenstands. Solchen Überlegungen sind die nachfolgend behandelten, realistischen Erfüllungskonzepte verpflichtet, die eine faktische Bestimmung allein in der Phase nach erfolgter «Erfüllung» oder «Lieferung» vorschlagen.

Die Konzepte kommen jedoch auch in dieser Phase ohne normative Kategorien nicht aus. Die genannten Erfüllungshandlungen sind bereits *normative Begriffe*.¹²⁶⁴ Dass sich hinter sogenannten faktischen Begriffen oft normative Kriterien verbergen, wird zuweilen übersehen. Zur Vergleichung: Obwohl er in diesem Ruf steht,¹²⁶⁵ ist auch der Begriff des «gewöhnlichen Aufenthalts», der von einer Reihe von Haager Übereinkommen und vom IPRG verwendet wird, kein faktischer Begriff,¹²⁶⁶ im Gegenteil erfordert er nicht selten eine eingehende rechtliche Prüfung.¹²⁶⁷

Für die vorliegenden Tatbestandsmerkmale der Erfüllung gilt dies umso mehr – sie werden in den Vertragsrechtsordnungen von Lehre und Rechtsprechung jeweils umfassend beschrieben und kommentiert. Zu denken sei etwa an die vertraglichen Leistungspflichten – Zur-Verfügung-Stellen, Versenden oder Übergeben – bei Hol-, Versendungs- oder Bringschulden.¹²⁶⁸ Damit ist klargestellt, dass eine rein faktische Bestimmung des Erfüllungsorts sachlogisch ausgeschlossen ist.¹²⁶⁹

Dies wird indirekt auch von Autoren eingestanden, die ein «faktisches» Konzept zu begründen versuchen – insofern sei den nachstehenden Ausführungen vorgegriffen. So wird etwa davon ausgegangen, dass eine faktische Beurteilung so lange möglich sein soll, als der Ort der Lieferhandlung «unkritisch» ist, z.B. bei einem «typischen» Versendungskauf. Ansonsten sei aber eine rechtliche Beurteilung nötig, um überhaupt die dem Verkäufer zukommende Lieferhandlung zu

1264 Vgl. in dieser Richtung CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 9.

1265 MASMEJAN 90 ff.; vgl. LEVANTE 76 f.

1266 MASMEJAN 92 f.; LEVANTE 77; 80 f.

1267 KEGEL 705; vgl. LEUMANN LIEBSTER 513 f.

1268 Vorne § 3B.1.2.

1269 Vgl. CZERNICH, Erfüllunggerichtsstand, 342; JEGHER 125. Zu diesem Ergebnis kommt auch GSELL 486. Im gleichen Sinn PILTZ, Gerichtsstand, 57, der gerade wegen der wesentlichen Unterschiede zwischen den geschuldeten Lieferhandlungen (Bringschuld, Versendungsschuld, Hol-schuld) auf die Notwendigkeit einer rechtlichen Beurteilung hinweist.

eruiieren.¹²⁷⁰ Dem ist lediglich insofern zuzustimmen, als eine rechtliche Beurteilung in einer «unkritischen» Situation i.d.R. ohnehin erlässlich ist; eine rechtliche Optik wird i.d.R. erst in der pathologischen Situation eingenommen.

b) *Überwindung materiellrechtlicher Kategorien?*

Zwar stehen die Forderungen nach einer faktischen Bestimmung des Erfüllungsorts im Rahmen der EuGVO prominent und zahlreich im Raum.¹²⁷¹ Konkretisierungen dieses faktischen Ansatzes lassen jedoch weitgehend auf sich warten. Bisher unternommene Versuche, den Erfüllungsort «faktisch» zu bestimmen, und damit insbesondere die materiellrechtliche Differenzierung zwischen Bringschuld und Versendungsschuld zu überwinden, verbleiben bruchstückhaft.

Dabei sind drei hauptsächliche Trends erkennbar:

Die Mehrzahl der Stimmen, die sich näher zum faktischen Konzept äussern, bietet eine Lösung an, die auf den *Ort der tatsächlichen Erfüllung* (Absendeort, Lieferort des Verkäufers, Ort der Besitznahme durch den Käufer)¹²⁷² abstellt.¹²⁷³ Bei näherer Betrachtung stösst dieses Konzept auf enge Grenzen; es ruft gegen alle Seiten hin nach einer normativen Eingrenzung.¹²⁷⁴

Oder es werden materiellrechtliche Kategorien dennoch auf Umwegen zu Rat gezogen. So bekennt sich ein Autor zwar zur faktischen Bestimmung, wendet indessen die Regeln der PICC und PECL auf den Erfüllungsort an.¹²⁷⁵

Oder aber es resultieren schliesslich Gerichtsstände, die wegen Mängeln der Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit ausgeschlossen werden müssen. Neben den Annäherungen an das beschriebene Lageort-Konzept¹²⁷⁶ ist in diesem Zusammenhang auch der Vorschlag einer «*konkreten Methode*» zu erwähnen. Die «konkrete Methode» hat ihren Ursprung in einer Vorlageentscheidung der französischen Cour de cassation zu Art. 5 Ziff. 1 EuGVÜ und wurde in die Anträge des GA im EuGH-Verfahren Concorde¹²⁷⁷ übernommen. Hiernach soll der Erfüllungsort «... anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls in Verbindung mit dem jeweiligen Schuldverhältnis» bestimmt werden.¹²⁷⁸ Auch hier geht es nicht

1270 PILTZ, Gerichtsstand, 57.

1271 GA BOT Nr.91; Rechtsprechung und Autoren in Fn. 1116.

1272 Hinten § 12I.V.3.d).

1273 Öst. OGH v. 14.12.2004, Rs. 1 Ob 94/04m; OLG Hamm v. 6.12.2005, Rs. 19 U 120/05, IHR 2/2006, 86; OLG Düsseldorf v. 30.1.2004, Rs. I 23 U 70/03, IRH 2004, 108 ff.; HAU, IPRax 2000, 354, 358; HAGER/BENTELE 76; KROPHOLLER, Art. 5 N 47; MAGNUS, UN-Kaufrecht, 47; GEHRI 197; GEIMER/SCHÜTZE, Zivilverfahrensrecht, Art. 5 N 86 ff.; WURMNEST 112 f.

1274 Hinten § 12I.V.3.e)i).

1275 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 51, 54.

1276 Vorstehend § 12I.V.2.

1277 EuGH v. 28.9.1999 Concorde, Rs. C-440/97.

1278 GA RUIZ-JARABO COLOMER, Nr. 94; Cour de cassation v. 9.12.1997 Groupe Concorde (vgl. auch Cour de cassation v. 11.3.1997 Sté Comptoir commercial d'Orient; GA RUIZ-JARABO Nr. 48,

um rein faktische Begriffe. Das Abstellen auf das jeweilige Schuldverhältnis weist in die Richtung einer Kategorisierung der Vertragstypen zum vorliegenden verfahrensrechtlichen Zweck, die sich als kompliziert und alles andere als «konkret» oder «faktisch» erweisen dürfte. Vor allem aber verbleibt die Bezugnahme auf die «besonderen Umstände des Einzelfalls» völlig im Unbestimmten und entzieht sich jeder weiteren brauchbaren Umschreibung.

c) *Grenzen des Abstellens auf die tatsächliche Erfüllung*

i) Grenze Nr. 1: Anfängliche Vereinbarung des Erfüllungsorts

Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO steht sehr deutlich unter dem Vorbehalt der «anderen Vereinbarung». Die Vereinbarung überlagert faktische Elemente naturgemäss¹²⁷⁹ – mit Sicherheit was den Zeitpunkt vor der Erfüllung betrifft. Denn ein bestehender Lageort des Vertragsgegenstands vor der Erfüllung kann der auf einen anderen Ort lautenden Erfüllungsortvereinbarung nicht entgegeng gehalten werden, andernfalls würde die Vereinbarung ihres Sinnes völlig entleert.

Die Vereinbarung wird denn auch in der Literatur ausdrücklich als Grenze des «faktischen» Konzepts akzeptiert.¹²⁸⁰ Der vereinbarte Erfüllungsort bestimmt sich nach den meisten Voten, die für eine «faktische» Bestimmung des Erfüllungsorts sind, nach traditioneller Methode aufgrund der *lex causae*.¹²⁸¹ So wird ein bedeutendes Stück aus der «faktischen» Betrachtung herausgeschnitten, denn – v.a. konkludente – Erfüllungsortvereinbarungen sind in der Praxis des internationalen Handels häufig.¹²⁸²

ii) Grenze Nr. 2: Änderungsvereinbarung («Akzeption» des Erfüllungsorts)

α) Grundsatz der Akzeption

Der Schuldner der charakteristischen Verpflichtung soll nicht durch sein vertragswidriges Verhalten mit einer Änderung des Gerichtsstands belohnt werden. Eine einseitige Festlegung durch den Schuldner ist nicht zu akzeptieren.¹²⁸³

Diesem Grundsatz entsprechend wird das «faktische» Konzept fast einhellig eingeschränkt. Es wird demnach davon ausgegangen, dass die Erfüllung an einem anderen als dem ursprünglich vereinbarten oder im dispositiven Gesetzesrecht

Fn. 28). Dazu NEWTON 150 ff.; ANCEL BERTRAND, *Rev. crit. dr. int. privé* 2000, 260 ff.; GAUDEMET-TALLON, *compétence*, 153 ff.; vgl. KROPHOLLER, Art. 5 N 25 und GEHRI 197.

1279 MARKUS, *Vertragsgerichtsstand*, 330.

1280 MAGNUS, *UN-Kaufrecht* 48; KROPHOLLER, Art. 5 N 51; KROPHOLLER/VON HINDEN 409.

1281 Vorne § 12I.IV.2.a); Fn. 1165.

1282 Vorne § 4B.II.3.d).

1283 CZERNICH, *Erfüllungsortsgerichtsstand*, 340; CZERNICH, *EuGVO*, Art. 5 N 36; SCHACK, *Erfüllungsort* 339; vgl. MARKUS, *Zuständigkeitsrecht*, 136; vgl. vorne Fn. 922.

vorgesehenen Ort vom Gläubiger *akzeptiert* worden sein muss.¹²⁸⁴ Diese «Akzeption» bedeutet eine – meist konkludent vereinbarte – Vertragsänderung:¹²⁸⁵ Widersetzt sich der Gläubiger einer Erfüllung am «falschen» Ort nicht, so wird davon ausgegangen, dass er der damit verbundenen Offerte zur Vertragsänderung konkludent zugestimmt hat.¹²⁸⁶ Eine konkludente Änderung des Erfüllungsorts ist nach materiellem Recht ohne Weiteres möglich.¹²⁸⁷

Vereinzelte wird diese Vertragsänderung nicht als solche bezeichnet, sondern als «tatsächlich praktizierte Vertragsdurchführung».¹²⁸⁸ Wird der Einbruch ins «faktische» Prinzip zwar erkannt, aber als störend betrachtet? An der vorliegenden Beurteilung ändert indessen nichts, wenn die Akzeption durch den Gläubiger mit einem Leerbegriff wie dem vorliegenden ersetzt wird. Um das vorstehend erläuterte Problem der einseitigen Festlegung des Erfüllungsorts zu lösen,¹²⁸⁹ bedarf es einer Zustimmung des Gläubigers der Sachleistung. Und das Vorhandensein dieser Zustimmung ist im Streitfall rechtlich – und nicht faktisch – zu beurteilen.

Ein so bestimmter «faktischer» Erfüllungsort unterscheidet sich methodisch nicht von einem rechtlich bestimmten. Nur Ausgangspunkt und Perspektive der rechtlichen Untersuchung sind verschieden. Im Vordergrund steht nicht die *ex ante* gestellte Frage, wo der Erfüllungsort in Anwendung der entsprechenden rechtlichen Regeln zu liegen kommt, sondern vielmehr die Betrachtung *ex post*, ob der Gläubiger die tatsächliche Leistung am fraglichen Ort akzeptiert hat – eine Frage, die häufig relativ problemlos beantwortet werden sollte.

Die Figur der Akzeption des faktischen Erfüllungsorts besteht im Übrigen bereits nach LugÜ/EuGVÜ (und entsprechend nach Art. 5 Ziff. 1 lit. a rev. LugÜ/EuGVO). Sie wird dort von Autoren vertreten, die der – hier abgelehnten – Ansicht sind, dass der Gerichtsstand nach erfolgter Erfüllung in einen tatsächlichen und einen rechtlichen zerfallen kann.¹²⁹⁰

1284 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 52; HACKENBERG 272; HAGER/BENTELE 74; KROPHOLLER, Art. 5 N 34; MAGNUS, UN-Kaufrecht, 47; MANKOWSKI, Art. 5 N 107; LEHNER 118; GEHRI 103; SCHACK, Erfüllungsort, N 339; CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 36; ELTZSCHIG 495; VALLONI 268, m.w.H. Fn. 1355.

1285 SCHACK, Erfüllungsort, N 339; VALLONI 268 f.; ELTZSCHIG 495.

1286 Das gilt insbesondere in der Situation, in welcher der Schuldner die Ware an den Sitz der Gläubigerin versendet, ohne dass eine dahin lautende anfängliche Vereinbarung vorgelegen wäre; andere Begründung, jedoch mit demselben Resultat: CZERNICH, EuGVO Art. 5 N 36.

1287 Vorne § 3B.III.2.c); § 3B.III.2.e); § 3C.II.2.b); § 3C.II.2.c); § 3D.III; § 4B.II.3.a).

1288 PILTZ, Gerichtsstand, 55.

1289 Vorne § 12I.V.2.

1290 VALLONI 268, m.w.H. Fn. 1355; KROPHOLLER, Art. 5 N 34; vorne § 12C.IV.2. Dass der faktische Gerichtsstand in diesem Zusammenhang zum normativen Gerichtsstand wird, weshalb keine Aufspaltung des Gerichtsstands stattfindet, haben indessen erkannt: SCHACK, Erfüllungsort, 339; DONZALLAZ, N 4721; LEHNER 118.

Welches ist genau besehen der Gegenstand der Akzeption? Diese Frage sei nachstehend näher beleuchtet.

b) Gegenstand der Akzeption bei nicht gehöriger Erfüllung/Teilerfüllung

Im Zusammenhang mit dem Passus «nach dem Vertrag»¹²⁹¹ wird vorgeschlagen, der Käufer müsse die Lieferung am massgeblichen Ort «... als *vertragsgemäss* angenommen ...» haben.¹²⁹² Wenn umfassende und bedingungslose Annahme der vertraglichen Leistung vorausgesetzt würde, könnte aber eine Akzeption in der Praxis nur selten angenommen werden, denn in diesen Fällen liegt meist keine Streitsituation vor. Das beschriebene Konzept eines «faktischen» Gerichtsstands würde sich damit weitgehend im Leeren bewegen.

Deshalb ist der Gegenstand der *Akzeption* näher zu umschreiben. Der Käufer kann die Annahme der Leistung als vertragswidrig ablehnen, ohne dabei aber den Ort der Erfüllung in Frage zu stellen. Dies kann im Übrigen sogar gegeben sein, wenn zwar Erfüllungshandlungen stattfinden, im rechtlichen Sinn aber Nichterfüllung vorliegt. Dies ist denkbar, wenn eine andere als die vertraglich vereinbarte Stückschuld geliefert wurde oder bei Gattungsschulden ein *aliud*. Es geht mithin nicht um die Akzeption der Erfüllungsleistung, sondern allein um diejenige des Erfüllungsorts.

Deshalb ist zuweilen von der Annahme einer «vertragsgemässen» Lieferung auszugehen, auch wenn von einer solchen nicht einmal entfernt gesprochen werden kann, weil Mängel gerügt werden¹²⁹³ oder gar Nichterfüllung geltend gemacht wird. Der Passus «nach dem Vertrag» in Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO bezieht sich einzig auf den örtlichen Aspekt der Leistung, und nicht auf deren übrigen Aspekte.

Demgemäss ist allein darauf abzustellen, ob aufgrund des Verhaltens des Gläubigers eine konkludente Annahme der Offerte zur Änderung des Erfüllungsorts angenommen werden kann.

Wie bei der anfänglichen Erfüllungsortvereinbarung steht als Beurteilungsgrundlage die *lex causae* im Vordergrund. Wie allgemein bei der Erfüllungsortvereinbarung spricht gegen instrumentsautonome Kriterien, dass diese vorerst *ab ovo* von der Rechtsprechung entwickelt werden müssten, um sich im Ergebnis dennoch eng an das materielle Recht anzulehnen.¹²⁹⁴ So ist es vorzuziehen, zur Beurteilung der «Akzeption» als Vereinbarung auf das anwendbare Recht zurückzugreifen.¹²⁹⁵

1291 Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO.

1292 KROPHOLLER, Art. 5 N 47 f.; Hervorhebung durch den Verfasser.

1293 MAGNUS, UN-Kaufrecht, 47.

1294 Vorne § 12I.IV.2.c); § 12I.IV.2.d).

1295 So DONZALLAZ, N 4721 Fn. 553; vgl. BGE 4C.4/2005 vom 16.6.2005; dazu vorne § 12C.IV.2.

Sogleich ist anzumerken, dass sich das Problem vorwiegend auf einer theoretischen Ebene stellt, zumal die Ergebnisse in den anwendbaren Rechtsordnungen weitgehend gleichlaufen dürften, was die Akzeptation des geänderten Erfüllungsorts betrifft. Die Erfüllungshandlung an einem anderen als dem verabredeten Ort stellt sich nach den vorliegenden Rechtsordnungen zwanglos als konkludente Offerte zur Vertragsänderung dar.¹²⁹⁶ Somit geht es vorwiegend um die Beurteilung von Umständen, aus welchen auf die Akzeptation zu schliessen ist. Bei vergleichsweise verminderter *rechtlicher* Komplexität liegt die Schwierigkeit allein in der *Feststellung der inneren Tatsache*, ob der Gläubiger die Leistung als örtlich richtige Erfüllung angenommen hat, obgleich er i.d.R. nicht gehörige Erfüllung rügt.

Die vorliegenden Ausführungen können im Übrigen auf die *Teilerfüllung* ausgedehnt werden. Auch hier ist zu fragen, ob der Gläubiger die Erfüllung am abweichenden Ort akzeptiert.¹²⁹⁷ Erfolgen nur minime Teilerfüllungen, so ist eine Akzeptation mit grösserer Zurückhaltung anzunehmen.

γ) Erfüllungsort i.w.S. als Gegenstand der Akzeptation

Die Frage wird offen gelassen, ob sich die Akzeptation der Gläubigerin bei einer *Versendungsschuld*¹²⁹⁸ auf den Erfüllungsort i.e.S. oder auf einen davon verschiedenen Ort wie den Lieferort bzw. den Bestimmungsort (Erfüllungsort i.w.S.) bezieht.¹²⁹⁹ Der Gegenstand der Akzeptation muss mit der Frage in Zusammenhang gebracht werden, welchem Ansatz die jeweilige faktische Theorie verpflichtet ist: Dem Absende- oder dem Lieferort.¹³⁰⁰

Die Feststellung des Absendeorts¹³⁰¹ ist aus der Sicht des Gläubigers der Sachleistung erschwert, weil sich der Versendungsort nicht unmittelbar in seinem Bereich befindet. Aus praktischer Sicht ist der Lieferort einer Akzeptation leichter zugänglich, denn dort erlangen die Gläubigerin oder ihr Stellvertreter den unmittelbaren Besitz¹³⁰² über den Leistungsgegenstand. Hat der Schuldner einer Versendungsverpflichtung seine Nebenpflicht zur Versendung verletzt, indem er an einen anderen Ort als vereinbart versendet, so bleibt es dem Gläubiger ohne Weiteres offen, diesen anderen Lieferort zu akzeptieren und damit einer Offerte zur Vertragsänderung (i.d.R. konkludent) zuzustimmen. Mit der Akzeptation des neuen Lieferorts wird der materiellrechtliche Erfüllungsort i.e.S. nicht notwendi-

1296 Zur konkludenten Erfüllungsortvereinbarung vorne § 3B.III.2.b); § 3C.II.2.a); § 3D.III; § 4B.II.3.

1297 DONZALLAZ, N 4676.

1298 Vorne § 3B.I.2.

1299 Vorne § 3B.I.3.

1300 Mehr dazu nachstehend § 12I.V.3.d); umfassend zum Lieferort hinten § 12I.VI.

1301 Nachstehend § 12I.V.3.d). Der Absendeort läuft auf den Erfüllungsort i.e.S. hinaus (a.a.O.).

1302 Der Besitzer, der die tatsächliche Gewalt über die Sache hat, ist unmittelbarer Besitzer; Art. 919 Abs. 1 ZGB; STARK, Art. 919 N 5 ff.; Art. 920 N 4.

gerweise tangiert. Denkbar ist die umgekehrte Situation, in welcher die Ware von einem anderen Ort als dem vertraglich oder gesetzlich vorgesehenen Erfüllungsort aus an den vorgesehenen Bestimmungsort versandt wird. Auch wenn diese Tatsache einer Akzeption durch den Gläubiger ebenso zugänglich ist und materiellrechtlich – etwa für die Frage der Gefahrtragung – durchaus eine Rolle spielen kann, so bleibt sie für den Gerichtsstand indessen ohne Belang.¹³⁰³

iii) Grenze Nr. 3: Keine Erfüllung

Eine weitgehend unbestrittene Grenze des faktischen Erfüllungskonzepts besteht darin, dass notwendigerweise Handlungen im Hinblick auf die Erfüllung stattgefunden haben («tatsächliche Erfüllung»). In der Literatur wird bei Fehlen von Erfüllungshandlungen auch von Befürwortern der «faktischen» Bestimmung zur Methode der Tessili-Rechtsprechung des EuGH gegriffen.¹³⁰⁴ Eine Ausnahme bleibt das vorne behandelte theoretische Lageort-Konzept.¹³⁰⁵

Als deutlicher Ausdruck dafür, dass diese Grenze unüberwindbar ist, erscheinen die – im Ergebnis nicht unproblematischen – Extremforderungen, bei noch nicht stattgefundener Erfüllung den Erfüllungsortsgerichtsstand vollkommen zu *beseitigen*. Ein Beispiel dafür ist Art. 6 des Haager Vorentwurfs von 1999,¹³⁰⁶ ein anderes ist die Forderung nach einer entsprechenden Reduktion des Vertragsgerichtsstands unter den LugÜ und EuGVÜ.¹³⁰⁷ Diese Forderungen resignieren im Grunde vor der Tatsache, dass eine befriedigende «faktische» Lösung vor stattgefundener Erfüllung nicht gefunden werden kann.

Im Übrigen würde sich ein Ausschluss des Gerichtsstands vor der Erfüllung sowohl unter den alten wie unter den neuen Instrumenten an den Wortlauten des LugÜ «... zu erfüllen wäre ...» und des rev. LugÜ/EuGVO «... hätte geliefert werden müssen ...» stossen, die klar von der Hypothese einer nicht erfolgten Erfüllung ausgehen.

1303 GA LENZ, Nr. 80.

1304 KROPHOLLER, Art. 5 N 47 (i.V.m. N 34); KROPHOLLER/VON HINDEN 409 f.; HUET 429; NAGEL/GOTTWALD 92 (lediglich in Zweifelsfällen); vgl. GAUDEMET-TALLON, compétence, 159. Daneben sind hier die Autoren zu erwähnen, die insgesamt einer Bestimmung nach *lex causae* nahestehen, vorne in Fn. 1117).

1305 Vorne § 12I.V.2.

1306 Dazu vorne § 11C.

1307 So sei der Gerichtsstand nur dem Schuldner, der seine vertragliche Primärverpflichtung bereits erbracht hat, zu gewähren; der jeweilige Vertragsgegner aber davon auszuschliessen, wobei allfällige vertragliche *Vorleistungspflichten* jeweils zu berücksichtigen wären (VALLONI 294 ff.). Eine solche Reduktion des Gerichtsstandes zulasten einer Vertragspartei würde das Interessengleichgewicht zwischen den Parteien empfindlich stören und Raum für Manipulationen der jeweiligen Schuldnerin bieten. Ausserdem würden umständliche Beweisprobleme in die Zuständigkeitsprüfung hineingetragen (vgl. KOHLER, Revision, 14 f.).

d) *Neue Anknüpfungen des Erfüllungsorts in der Diskussion: Absende- oder Lieferort?*

Im Rahmen der faktischen Erfüllungskonzepte werden als *Anknüpfungen* der «Absendeort»¹³⁰⁸ im Sinne einer Übergabe der Ware an den ersten Frachtführer und der «Lieferort»¹³⁰⁹ (auch genannt «Bestimmungsort» oder Abnahmeort¹³¹⁰) im Sinne eines «Ortes der Entgegennahme der Ware» oder eines «Ortes der Erlangung des körperlichen Gewahrsams an der Kaufsache durch den Käufer» zur Diskussion gestellt.

Ein Grossteil der Autoren optiert zu Gunsten des Lieferorts.¹³¹¹ Dem folgt die Rechtsprechung in den EU-Mitgliedstaaten Deutschland, Österreich und Portugal.¹³¹² Ohne weitere Begründung tut dies auch der EuGH.¹³¹³

Am Lieferort wird insbesondere festgehalten, wenn sich die Verpflichtung des Verkäufers darin erschöpft, die Ware einem Frachtführer zu übergeben und somit in materiellrechtlicher Hinsicht eine *Versendungsschuld*¹³¹⁴ vorliegt.¹³¹⁵ Insofern wird der klassische Erfüllungsort i.e.S. verlassen.¹³¹⁶

1308 Z.T. auch genannt «Lieferort»: diese von der übrigen Lehre abweichende Terminologie bei PILTZ, Gerichtsstand, 55; SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, Art. 5 N 10a und FERRARI (unter Bezugnahme auf die Terminologie des Art. 31 lit. a CISG).

1309 Terminologie u.a. bei KROPHOLLER, Art. 5 N 49. «Lieferort» wird hier nicht im Sinne der «Ablieferung an den ersten Beförderer» verstanden (vgl. Schlosser EU-Zivilprozessrecht, Art. 5 N 10a; Art. 31 lit. a CISG).

1310 Auch hier abweichende Terminologie bei PILTZ, Gerichtsstand, 55; GOTTWALD, ZPO, Art. 5 EuGVO N 5.

1311 GA LENZ, Nr. 82; BAJONS 52 (ausserhalb Art. 31 lit. a CISG); HAU, IPRax 2000, 354, 358; HAGER/BENTELE 75 ff.; GOTTWALD, ZPO, Art. 5 EuGVO N 5; RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 214; ELTZSCHIG 495; KROPHOLLER, Art. 5 N 49; HUET 427 f.; WURMNEST 112 f.; HACKENBERG 272; ausserhalb eines faktischen Konzepts: CZERNICH, Art. 5 N 35; KUBIS 750; Tenor EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, sowie N 26 ff., N 32, N 34 ff., N 40, N 42; nach Parteirollen differenzierend (und damit zur unerwünschten Spaltung des Gerichtsstands zurückkehrend) postuliert den Lieferort nur bei der Klage gegen den Käufer: OBERHAMMER, Art. 5 N 52 f.

1312 Öst. OGH v. 14.12.2004, Rs. 1 Ob 94/04m; OLG Hamm v. 6.12.2005, Rs. 19 U 120/05, IHR 2/2006, 85 f.; OLG Köln v. 16.6.2005, Rs. 16 U 47/05, IHR 2/2006 (86 f.) 86; im Ergebnis (a.M. PILTZ, Gerichtsstand, 56 Fn. 40) OLG Düsseldorf v. 30.1.2004, Rs. I 23 U 70/03, IRH 3/2004 108 ff.; OLG Stuttgart v. 24.3.2004, Rs. 14 U 21/01, RIW 9/2004, 711 ff., wendet lit. a und damit die Tessili-Rechtsprechung an, weil der im Streit stehende Poolvertrag nicht als Kauf- oder Dienstvertrag einzuordnen war. OLG Frankfurt a.M. v. 8.9.2004, Rs. 4 U 23/04, RIW 11/2004, 864 f. wendet ebenfalls lit. a und die Tessili-Rechtsprechung an, weil der Erfüllungsort ausserhalb des geographischen Anwendungsbereichs der EuGVO liegt (vgl. hinten § 12K.II). Auf den Lieferort stellt auch das portugiesische Supremo Tribunal de Justiça v. 23.10.2007, Agravo 07A319, kommentiert bei NORDMEIER 275, ab.

1313 Tenor EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, sowie N 26 ff., N 32, N 34 ff., N 40, N 42. Von «Erfüllungsort» spricht der EuGH in Anführungs- und Schlusszeichen (N 39), womit er auf eine modifizierte Betrachtung dieses Begriffs anspielen könnte.

1314 Vorne § 3B.I.2.

1315 OLG Hamm v. 6.12.2005, Rs. 19 U 120/05, IHR 2/2006, 86; KROPHOLLER, Art. 5 N 49 i.f.; HAGER/BENTELE 73 ff.

1316 Vorne § 3B.I.3.

Dieser Schritt wird bereits durch eine grammatikalische Auslegung nahegelegt, denn Art. 5 Ziff. 1 lit. b (erstes Lemma) spricht vom Lieferort. Er wird in der Literatur hauptsächlich damit begründet, dass der Lieferort eine verbesserte Sach- und Beweisnähe¹³¹⁷ sowie eine erhöhte Vorausssehbarkeit¹³¹⁸ des Gerichtsstands gewährleistet.

Andere Stimmen postulieren im Gegensatz dazu die Berücksichtigung des *Absendeorts*,¹³¹⁹ und zwar im Sinne des Ortes, an dem die Ware dem ersten Frachtführer übergeben wird. Diese Lösung will die materielle rechtliche Differenzierung zwischen Bring- und Versendungsschuld aufrecht erhalten, die bislang im Rahmen der Erfüllungsortsbestimmung nach LugÜ/EuGVÜ vorzunehmen war;¹³²⁰ sie stellt damit im Ergebnis auf den Erfüllungsort i.e.S. ab. Die Übergabe der Ware an den ersten Frachtführer kann nämlich nur massgeblich sein, wenn eine Versendungsschuld vereinbart wurde, bei der sich der Erfüllungsort i.e.S. vom Bestimmungsort unterscheidet. Denn bei einer Bringschuld liegt der Transport zum Erfüllungsort im ausschliesslichen Bereich des Sach-Schuldners,¹³²¹ weshalb hier auf eine allfällige Übergabe an einen Frachtführer nicht abgestellt werden kann.

Das Verständnis des Absendeorts orientiert sich an Art. 31 lit. a CISG. Die Lieferpflicht des Verkäufers wird dort als Übergabe der Ware an den ersten Beförderer zur Übermittlung an den Käufer geregelt, wenn der Vertrag eine Beförderung der Ware vorsieht.¹³²² Die für den Absendeort sprechende Literatur ist sichtlich von der Terminologie des CISG beeinflusst.¹³²³ Jedoch sollte aus dem Begriff der «Lieferpflicht» nach CISG nicht unmittelbar auf den «Lieferort» nach rev. LugÜ/

1317 KROPHOLLER, Art. 5 N 49; GA LENZ, Nr. 80; HAGER/BENTELE 76; mit gewissen Vorbehalten RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 214 f.

1318 HAGER/BENTELE 76.

1319 PILTZ, Gerichtsstand, 56 (mit anderer Terminologie); PILTZ, Anm. zu EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, NJW 2007, 1802; GEIMER/SCHÜTZE, Zivilverfahrensrecht, Art. 5 N 86 ff.; FERRARI 66; KIENLE 116; SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, Art. 5 N 10a (dieser Autor vertritt dort indessen weitgehend einen materielle rechtlichen Ansatz); tendenziell auch MAGNUS, UN-Kaufrecht, 47. BAJONS (52) nur für den «klassischen Versendungskauf im Sinne des Art. 31 lit. a CISG»; vgl. LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 53; lediglich für die Klage gegen den Verkäufer: OBERHAMMER, Art. 5 N 52 f. (vgl. Fn 1311).

1320 LEIBLE, Art. 5 N 53, differenziert zwischen dem Fall, in dem eine Ware ordnungsgemäss am Zielort abgeliefert werden soll und dem Fall, in dem lediglich eine «ordnungsgemässe Absendung» vereinbart wurde, womit er deutlich auf die materielle rechtliche Abgrenzung zwischen Bring- und Versendungsschuld zurückgreift (a.a.O.).

1321 Vorne § 3B.I.2.

1322 Vorne § 4B.II.4.a).

1323 Für den «klassischen Versendungskauf im Sinne des Art. 31 lit. a CISG»: BAJONS 52; FERRARI 66 (folgend einer Entscheidung des Tribunale di Padova v. 10.1.2006); MAGNUS, UN-Kaufrecht 47, der zwar auch beim internationalen Versendungskauf «... den Erfüllungsort dort lokalisiert, wo der Käufer die Ware als vertragsgemäss abnimmt ...», zufolge häufiger Vereinbarungen über den Lieferort und im Sinne des CISG gleichzeitig jedoch den tatsächlichen Liefer- und Erfüllungsort am Übergabeort an den ersten selbständigen Beförderer sieht (vgl. KROPHOLLER, Art. 5 N 49).

EuGVO geschlossen werden. Die Begrifflichkeiten der beiden Staatsverträge sind nicht aufeinander abgestimmt.

Gegen den Lieferort und für den Absendeort tritt eine ökonomische Perspektive an, die sich auf das Gedankengut der US-amerikanischen «*minimum contacts*»-Garantie¹³²⁴ abstützt.¹³²⁵ Ein Gerichtsstand am Lieferort sei nur gerechtfertigt, wenn der Schuldner dort mit einer gewissen Intensität aktiv sei, d.h. sich mit der Sachlieferung gleichsam in die ausländische Gerichtsbarkeit begeben. Bei einer schlichten Versendung der Ware sei diese Aktivität entscheidend geringer als beim Transport der Ware durch eigene Leute (Bringschuld), weshalb sich im ersteren Fall kein Gerichtsstand am Lieferort rechtfertige.¹³²⁶ Diese Sichtweise verkennt, dass das kontinentaleuropäische Gerichtsstandssystem grundlegend anders aufgebaut ist als das US-amerikanische – ein Umstand, der im Übrigen zu den vorne beschriebenen Problemen geführt hat, eine für alle Seiten befriedigende Lösung im Kontext der Haager Konferenz zu finden.¹³²⁷ Die besonderen Gerichtsstände des rev. LugÜ/EuGVO zeichnen sich dadurch aus, dass sie durchwegs von beiden Parteien gleichermaßen ergriffen werden können, was im US-amerikanischen System von der «*minimum contacts*»-Doktrin gerade verhindert wird, wenn die nicht «aktive» Partei – i.d.R. die Käuferin – am Erfüllungsort keinen allgemeinen Gerichtsstand besitzt.¹³²⁸ Das kontinentaleuropäische System verfolgt den Zweck, parteineutrale, Streitgegenstandsbezogene Gerichtsstände bereitzustellen, bei denen die zufällige Parteirollenverteilung im konkreten Rechtsstreit keine Rolle spielen darf.¹³²⁹ Entscheidende Rechtfertigung der besonderen Gerichtsstände ist nicht deren Nähe zur beklagten Partei, sondern deren potenzielle Sach- und Beweisnähe.¹³³⁰

Indem das Absendeortskonzept auf die normative und komplexe Abgrenzung zwischen Bring- und Versendungsschuld abstellt, entfernt es sich weit vom Grundgedanken der faktischen Bestimmung. Wie vorstehend beschrieben, ist die Feststellung des Absendeorts und insbesondere auch seiner Akzeption durch die Gläubigerin der Sachverpflichtung im Vergleich mit dem Lieferort erheblich erschwert.¹³³¹

Vor allem aber wird das Konzept dem Postulat der Sach- und Beweisnähe nicht gerecht: Auch wenn eingestandenermaßen nur Annäherungen an dieses Ziel möglich sind,¹³³² so ist die Wahrscheinlichkeit seiner Verwirklichung beim Liefer-

1324 Dazu vorne § 11D.II.

1325 KIENLE 116.

1326 KIENLE 116.

1327 Vorne § 11D.

1328 Vorne § 11D.II.

1329 BUCHNER 95 f.

1330 Vorne § 12B.I.

1331 Vorne § 12I.V.3.c)ii)B).

1332 Hinten § 12J.IV.2.b).

ort grösser als beim Absendeort. Hat die Erfüllung stattgefunden, so ist der Erfüllungsgegenstand tendenziell beim Erwerber des Vertragsobjekts, während der Absendeort lediglich eine vorübergehende Station auf der Reise des Vertragsobjekts markiert.¹³³³

Die vorliegende Diskussion wird schliesslich auch durch den Begriff des Bestimmungsorts beeinflusst,¹³³⁴ den die EuGVO in einem anderem Zusammenhang verwendet: *Art. 63 EuGVO*.¹³³⁵ Sind Lieferort bzw. Bestimmungsort nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO im Sinne des Art. 63 EuGVO auszulegen? Gemäss Sonderregelung für Luxemburg wird der Erfüllungsortsgerichtsstand in einem anderen an das Instrument gebundenen Staat ausgeschaltet, wenn der Bestimmungsort der Ware Luxemburg ist. Der Bestimmungsort wird als Ort umschrieben, an dem «die Ware oder die Dienstleistung dem Käufer oder Empfänger unmittelbar zugute kommt»¹³³⁶. Der Schutzzweck der Vorschrift besteht darin, die Luxemburger Beklagte vor einem ausländischen (*in praxi* hauptsächlich belgischen) Erfüllungsortsgerichtsstand zu schützen, weil Verpflichtungen aus Verträgen mit Luxemburgerinnen oft in den Nachbarstaaten Luxemburgs zu erfüllen sind.¹³³⁷

Damit wird impliziert, dass der Bestimmungsort der Ware im Sinne des Art. 63 EuGVO ein Ort sein könnte, der sich vom Lieferort unterscheidet. Nimmt die Luxemburgerin die Ware in Belgien im unmittelbaren Besitz, so könnte ihr diese dennoch erst in Luxemburg «unmittelbar zugute kommen». Die Anknüpfung wäre zeitlich u.U. erst nach der «Erlangung des körperlichen Gewahrsams» durch den Gläubiger anzusiedeln.

Eine solch weite Interpretation des Art. 63 EuGVO wäre indessen aus der Sicht des Gerichtsstandsrechts nicht praktikabel.¹³³⁸ Das Gebot der Vorhersehbarkeit des Gerichtsstands verbietet es, auf einen Ort abzustellen, der im alleinigen Herrschaftsbereich des Käufers liegt und damit von diesem beliebig manipuliert werden kann.¹³³⁹ Ausserdem würden mit dieser Auslegung im Ergebnis praktisch alle Personen mit Wohnsitz in Luxemburg geschützt, denn diesen kommt der Vertragsgegenstand oft in Luxemburg «unmittelbar zugute», so dass die Bestimmung

1333 Vgl. GA LENZ, Nr. 80 sowie die übrigen Autoren in Fn. 1317.

1334 KOHLER, *Vergemeinschaftung*, 478, welcher Autor sich generell für ein Auseinanderfallen des Gerichtsstands nach Art. 5 Ziff. 1 EuGVO und des Bestimmungsorts im Sinne von Art. 63 EuGVO ausspricht.

1335 PILTZ, *Gerichtsstand*, 56. Zum «*lieu final de livraison*» GAUDEMET-TALLON, *for*, 194. Art. 63 EuGVO lautet: «(1) Eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet Luxemburgs hat und vor dem Gericht eines anderen Mitgliedstaats aufgrund des Artikels 5 Nummer 1 verklagt wird, hat die Möglichkeit, die Unzuständigkeit dieses Gerichts geltend zu machen, wenn sich der Bestimmungsort für die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen in Luxemburg befindet.»

1336 KROPHOLLER, Art. 63 N 2.

1337 KROPHOLLER, Art. 63 N 2.

1338 Vgl. MANKOWSKI, Art. 5 N 108.

1339 Vgl. vorne § 12I.V.2; hinten § 12J.IV.1.b); § 12I.VI.1.b)

praktisch auf eine Abschaffung des Erfüllungsortsgerichtsstands gegenüber Personen mit dortigem Wohnsitz hinausliefe. Ein solch überschüssender Zweck der Normierung wäre aber nur schwer mit dem Wortlaut zu vereinbaren, der mit Bedacht differenziert, indem er auf den Bestimmungsort abstellt, und nicht auf den Wohnsitz.

Daher ist der Bestimmungsort nach Art. 63 EuGVO mit dem Ort der Entgegennahme des Vertragsobjekts durch die Luxemburger Vertragspartei gleichzusetzen. Er geht somit mit einem Lieferort einher, wie er in der vorliegenden Studie gefordert wird.¹³⁴⁰

e) *Zwischenergebnisse*

i) Normative Bestimmung unvermeidbar

Das Gesagte zeigt, dass faktisch-autonome Erfüllungskonzepte von allen Seiten in weitestem Ausmass einzugrenzen sind; ein verbleibender Anwendungsbereich könnte ihnen lediglich für die problemlosen Fälle zugestanden werden,¹³⁴¹ die aber aus naheliegenden Gründen nicht interessieren. Hauptgründe für diese Eingrenzungen sind die Voraussehbarkeit des Gerichtsstandes und die Respektierung der Privatautonomie.

Die Erfüllungsortsbestimmung *vor der Erfüllung* ist a priori aus dem faktischen Konzept auszuklammern; sie wird weiterhin nach der *lex causae* beurteilt. *Nach der Erfüllung* greift eine faktische Perspektive; dies erlangt indessen keine praktische Bedeutung, weil sie im pathologischen Fall zu einer rechtlichen Perspektive wird, indem die Akzeption des faktischen Erfüllungsorts durch die Gläubigerin regelmässig zu prüfen ist. Die Beurteilung dieser Akzeption erfolgt wiederum grundsätzlich nach der *lex causae*. Zwar wäre im Prinzip die Entwicklung autonomer Kriterien für die Akzeption möglich. Angesichts der geringen rechtlichen Divergenzen bei der Beurteilung ist indessen eine internationale Harmonie der Lösungen bis zu einem gewissen Grad ohnehin zu erwarten.

Damit wird aus einem zwischen materiellem Recht und faktischer Bestimmung «gemischten» Konzept bei näherer Betrachtung eine normative, der *lex causae* verpflichtete Methode. Dieses Ergebnis vermag im Übrigen zu gewährleisten, dass die Bestimmung des Vertragsgerichtsstands weiterhin der Kognition der obersten Gerichte¹³⁴² unterliegt, zumal sie als Rechts- und nicht als blosse Sachverhaltsfrage zu betrachten ist.

1340 So auch STAUDINGER, Art. 63 N 3. Daraus ist im Übrigen zu folgern, dass Art. 63 EuGVO allein bei einer Versandungspflicht nach Luxemburg greift, die unter Art. 5 Ziff. 1 lit. a EuGVO fällt, und bei welcher der Erfüllungsort (Absendeort) in einem anderen Staat als in Luxemburg liegt.

1341 Vgl. Draft Report POCAR, Nr. 51.

1342 Vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 BGG.

ii) Neue, bewegliche Anknüpfung: Vom Erfüllungsort i.e.S. zum Lieferort

Ist das faktische Erfüllungskonzept also viel Lärm um Nichts? Was den vermeintlichen Verzicht auf normative Kriterien betrifft, so ist das zu bejahen. Was die Anknüpfung betrifft, so gilt dasselbe für die Vertreter der – sich als faktisch-autonom gebenden – Theorien, die für die Massgeblichkeit des *Absendeorts*¹³⁴³ eintreten. Weil diese Theorien die Differenzierung zwischen Bring- und Versendungsschuld nicht überwinden können, reduzieren sie sich im Ergebnis auf den Erfüllungsort der charakteristischen Verpflichtung nach *lex causae*.¹³⁴⁴

Soweit die Massgeblichkeit des *Lieferorts* bzw. *Bestimmungsorts* (Erfüllungsort i.w.S.) vertreten wird, ergibt sich indessen ein Unterschied zur traditionellen Bestimmung des Erfüllungsorts nach der EuGH-Rechtsprechung Tessili. Der Lieferort liegt tendenziell beim Sachgläubiger, nicht beim Sachschuldner. Eine Änderung der Anknüpfung gegenüber LugÜ/EuGVÜ (und gegenüber Art. 5 Ziff. 1 lit. a EuGVO) liegt denn auch nahe, weil Art. 5 Ziff. 1 lit. b den Erfüllungsort nicht nennt, sondern mit den Begriffen des Lieferorts und des Orts der Erbringung einer Dienstleistung operiert.

Diese Änderung der Anknüpfung erlangt im Fall einer *Versendungsschuld* Bedeutung. Wie vorne erläutert, trifft den Verkäufer am materiellrechtlichen Erfüllungsort die Nebenpflicht der Versendung an einen Bestimmungsort.¹³⁴⁵ Erst an diesem Ort erfolgt der als massgeblich erachtete Übergang des Vertragsobjekts in den unmittelbaren Besitz des Erwerbers oder dessen Stellvertreterin. Aus materiellrechtlicher Perspektive entspricht dies dem Ort, an welchem der Leistungserfolg eintritt.¹³⁴⁶

Wie vorne dargestellt, gehen die meisten vorhandenen Ansätze in der Lehre darauf hin, dass dieses Lieferortskonzept *ausserhalb einer anfänglichen Erfüllungsortsvereinbarung* und *nur nach erfolgter Erfüllung* greifen soll.¹³⁴⁷ Im Rahmen einer anfänglichen Erfüllungsortsvereinbarung und vor der Erfüllung wird ein traditioneller Erfüllungsort i.e.S. nach der Rechtsprechung Tessili bestimmt.

Undeutlich sind die meisten Stimmen allerdings insofern, als sie sich nicht klar zur Situation nach erfolgter Erfüllung äussern, in der sich ein anfänglich vereinbarter Erfüllungsort i.e.S. und ein davon abweichender «faktischer» Lieferort¹³⁴⁸ nach erfolgter Erfüllung gegenüberstehen. Liegt der Gerichtsstand nach erfolgter Erfüllung am Lieferort (statt am Erfüllungsort i.e.S.), obwohl ein Erfüllungsort i.e.S. anfänglich vereinbart wurde? Aus grundsätzlichen Erwägungen sollte zwar der Vorrang der anfänglichen Vereinbarung ein absoluter sein und damit auch nach er-

1343 PILTZ, Gerichtsstand, 56; vorne § 12I.V.3.d).

1344 Vorne § 12I.V.3.d).

1345 Vorne § 3B.I.2.

1346 Vorne § 3B.I.3.

1347 Vorne § 12I.V.3.c)j); § 12I.V.3.c)iii).

1348 Hinten § 12I.V.3.c)ii).

folgt Erfüllung durchschlagen.¹³⁴⁹ Damit würde aber der Nachteil eingehandelt, dass die heikle Abgrenzung zwischen vereinbartem und dispositivrechtlichem Erfüllungsort in ihrer Bedeutung verstärkt würde. Wie vorne gezeigt, ist im deutschen Recht die Grenzziehung zwischen der subjektiven Bestimmung des Erfüllungsorts aufgrund einer konkludenten Vereinbarung und der objektiven Bestimmung, die «nach den Umständen» im Sinne von § 269 BGB erfolgt, verwischt.¹³⁵⁰ Für die vorliegenden Zwecke müsste somit auch nach erfolgter Erfüllung jeweils sorgfältig geprüft werden, ob eine konkludente Erfüllungsortvereinbarung vorliegt, oder ein dispositivrechtlich «nach den Umständen» bestimmter Erfüllungsort.¹³⁵¹

Nach beiden Hypothesen ergibt sich jedenfalls ein gemischtes Konzept, das bei der Versendungsschuld einen *beweglichen Gerichtsstand* entstehen lässt, und zwar in engerem oder in weiterem Rahmen, je nachdem, ob der anfänglich vereinbarte Erfüllungsort i.e.S. auch nach der Erfüllung durchschlägt. Der Vertragsgerichtsstand verschiebt sich damit mit der Erfüllung vom Sachschuldner zum Sachgläubiger.¹³⁵² Obwohl dieser Umstand in der Lehre kaum zu Kenntnis genommen wird,¹³⁵³ wäre damit eine grundsätzliche Änderung gegenüber dem traditionellen Verständnis des Vertragsgerichtsstands als im Grundsatz unwandelbare Zuständigkeit¹³⁵⁴ verbunden.

Das bewegliche Lieferortskonzept hat Vor- und Nachteile aufzuweisen, die nachstehend einem unbeweglichen Lieferortskonzept gegenübergestellt werden. Es stellt sich gewissermassen als Zufallsprodukt dar, das als Ergebnis eines zweifelten Ringens mit den beschriebenen Grenzen der faktischen Methode betrachtet werden kann – ein Ringen, das die – naheliegendere – Sicht auf eine konsequente neue Anknüpfung des Gerichtsstands bis zu einem gewissen Grad verbaut hat.¹³⁵⁵

1349 OLG Düsseldorf v. 30. I. 2004, Rs. I 23 U 70/03 (IRH 3/2004, 108 ff., 113); LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 53; HUET 429; vgl. KLEMM 74 f.; vgl. CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 36; vgl. CZERNICH, Erfüllungsgerichtsstand; dagegen MAGNUS, UN-Kaufrecht, 47 f.

1350 Siehe vorne § 3C.II.2.b).

1351 Vorzugsweise wird aber von einem unbeweglichen Lieferort ausgegangen, dessen Vereinbarung vor und nach der Erfüllung einheitlich berücksichtigt werden kann; dazu sogleich hinten § 12I.VI.1.b).

1352 Vgl. im Ergebnis öst. OGH v. 16. 12. 2003, Rs. 4Ob147/03a; dazu hinten § 12I.VI.1.b) und Fn. 1414.

1353 Eine Ausnahme ist SCHACK, der im Rahmen seines «Standort»-Konzepts ausdrücklich auf die Vorteile eines beweglichen Gerichtsstands hinweist (Erfüllungsort, N 349).

1354 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 6.

1355 Vgl. nachstehend § 12I.VI.

VI. Normativ-teilautonome Lösung eines unbeweglichen Lieferortsgerichtsstands

1. Grundlegung des Lieferortskonzepts

a) «Lieferort» nach der EuGH-Rechtsprechung Color Drack

Wie vorne festgestellt wurde, verwendet der EuGH in seiner jüngsten Rechtsprechung zu Art. 5 Ziff. 1 lit. b EuGVO fast durchwegs den Begriff des Lieferorts anstelle des Erfüllungsorts.¹³⁵⁶ Der EuGH versteht diesen Begriff im vorliegenden Sinne eines *Bestimmungsorts*, an dem die Erwerberin den Besitz am Vertragsgegenstand erlangen kann.¹³⁵⁷ Wie vorne gezeigt, handelt es sich bei der Lieferung der Sonnenbrillen mit einiger Wahrscheinlichkeit um *Versendungsschulden*, wobei der traditionell bestimmte Erfüllungsort i.e.S. in Nürnberg liegen würde.¹³⁵⁸ Dessen ungeachtet bezeichnet der EuGH die Geschäftssitze der Detailhändler, an welche die Lieferungen der Sonnenbrillen erfolgt sind, als die massgeblichen *Lieferorte*. Damit entfernt er sich deutlich vom klassischen Konzept des Erfüllungsorts i.e.S.¹³⁵⁹ Ob der EuGH einem beweglichen oder unbeweglichen Lieferortskonzept folgt, ist der Entscheidung Color Drack hingegen nicht zu entnehmen, da der Streit erst nach erfolgter Lieferung entstand.¹³⁶⁰

b) *Bewegliches ca. unbewegliches Lieferortskonzept*

i) *Pro memoria*: Konzentration des Gerichtsstands

Vorab ist noch einmal vor Augen zu halten, dass sich ein Grossteil der Kritik am traditionellen Erfüllungsortsgerichtsstand auf die EuGH-Rechtsprechung De Bloos¹³⁶¹ zurückführen lässt, weil sie in Verbindung mit der Rechtsprechung Tessili¹³⁶² beziehungsarme Zahlungsortsgerichtsstände sowie eine Aufteilung und Zersplitterung der Gerichtsstände zu verantworten hat.¹³⁶³ Die nachfolgenden Erwägungen gehen von einer Konzentration des Gerichtsstands auf den Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Verpflichtung aus und suchen auf dieser Ebene weitergehende Annäherungen an die Anforderungen der Voraussehbarkeit sowie der Sach- und Beweisnähe des Gerichtsstands.

1356 Tenor EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, sowie N 26 ff., N 32, N 34 ff., N 40, N 42. Von «Erfüllungsort» spricht der EuGH in Anführungs- und Schlusszeichen (N 39), womit er auch auf eine modifizierte Betrachtung dieses Begriffs anspielen könnte.

1357 Vorne § 12I.V.3.d); hinten § 12I.VI.1.c).

1358 Vorne § 12I.IV.2ndb).

1359 Zu Sachverhalt und Prozessgeschichte vorne § 12I.IV.2ndb).

1360 Vorne § 12I.V.3.d).

1361 EuGH v. 6. 10. 1976 De Bloos, Rs. 14/76.

1362 EuGH v. 6. 10. 1976 Tessili, Rs. 12/76.

1363 Vorne § 12H.III.3.

ii) Voraussehbarkeit

Durch das Abstellen auf Lieferort ergibt sich a priori eine erhöhte Voraussehbarkeit des Gerichtsstands als beim traditionellen Erfüllungsort.¹³⁶⁴ Eine «institutionalisierte» Beweglichkeit des Vertragsgerichtsstands weckt aber grundsätzliche Bedenken. Der Vertragsgerichtsstand ist gegenüber anderen Gerichtsständen von einem vergleichsweise erhöhten Bedürfnis nach Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit geprägt. Er soll dem Kläger eine berechenbare Alternative zum – wandelbaren – Wohnsitzgerichtsstand zur Verfügung stellen.¹³⁶⁵

Die Beweglichkeit bringt aber eine erhebliche Beeinträchtigung der Voraussehbarkeit des Gerichtsstands durch die Parteien.¹³⁶⁶ Diese Beeinträchtigung ergibt sich einmal durch komplexe Abgrenzungsfragen: Der bewegliche Gerichtsstand verlangt notwendigerweise eine Abgrenzung zwischen der Situation *vor der Erfüllung* und *nach der Erfüllung*. Die Beantwortung der Frage, ob bereits erfüllt wurde, kann problematisch sein und Anlass zu umfänglichen Beweisverfahren geben;¹³⁶⁷ in diesem Zusammenhang sei insbesondere auf die erwähnten Situationen der Teilerfüllung und der nicht gehörigen Erfüllung hingewiesen.¹³⁶⁸

Zudem wird der Gerichtsstand, wenn auch in vorbestimmbarem Rahmen, in die Hand der Partei gelegt, welche die charakteristische Leistung schuldet. Durch *Zurückhalten ihrer Leistung* kann sie sich «ihren» Gerichtsstand am Erfüllungsort i.e.S. bewahren.

iii) Sach- und Beweisnähe

Das beschriebene¹³⁶⁹ *bewegliche Konzept* hat den Vorteil, dass es bei einer Versendungsschuld Sach- und Beweisnähe vor und nach der Erfüllung gewährleistet.¹³⁷⁰ Innerhalb der Grenzen des Strebens nach Sach- und Beweisnähe, die sich aus der Forderung nach Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit des Gerichtsstands ergeben, ist der verbliebene Raum damit optimal ausgeschöpft: Örtlicher und zeitlicher Beginn der Grenze ist einerseits der Lageort der Sache bei Vertragsschluss mit Wissen des Sach-Gläubigers. Andererseits ist der Übergang in den Herrschaftsbereich des Sach-Gläubigers letzter möglicher Ort und Zeitpunkt auf dem Weg des Vertragsgegenstands, an den angeknüpft werden kann.¹³⁷¹ Denn aus Gründen der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit des Gerichtsstandes und zur Verhinderung von Manipulationsmöglichkeiten einer Partei kann ein Ort nicht in

1364 HAGER/BENTELE 76; vorne § 12I.V.3.d); § 12J.VI.

1365 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 6.

1366 Vgl. LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 6.

1367 KOHLER, Revision, 15.

1368 Vgl. vorne § 12I.V.3.c)ii)6); § 12I.V.3.c)iii); hinten § 12J.IV.1.c)ii).

1369 Vorne § 12I.V.3.e)ii).

1370 Vgl. SCHACK, Erfüllungsort, N 349.

1371 Vgl. HACKENBERG 229.

Frage kommen, der im alleinigen Herrschaftsbereich einer Partei liegt¹³⁷² – die sich daraus ergebenden Kompromisse mit der Sach- und Beweisnähe sind unerlässlich.

Indem sich der Gerichtsstand tendenziell bei der Sachgläubigerin und nicht beim Sachschuldner ansiedelt, bietet indessen auch der *unbewegliche Lieferort* eine verbesserte Sach- und Beweisnähe im Vergleich mit dem traditionellen Erfüllungsort.¹³⁷³ Der Erfüllungsort i.e.S. liegt bei der Versendungsschuld am Absendeort, d.h. am Ort der Übernahme durch den (ersten) Frachtführer. Dieser Lageort ist bestimmungsgemäss vorübergehender Natur, mit der Versendung wechselt der Lageort hin zur Gläubigerin der Sachleistung. Das unbewegliche *Lieferortskonzept* ist m.a.W. auf die Erfüllungssituation ausgerichtet. Damit geht es zwar notwendigerweise Kompromisse mit der Situation vor der Erfüllung bzw. bei Nichterfüllung ein; jedoch ist davon auszugehen, dass Streitigkeiten nach – auch teilweiser bzw. nicht gehörig erfolgter – Erfüllung häufiger sind als solche vorher.¹³⁷⁴ Dem Bestimmungsort der Lieferung kann damit im Allgemeinen die grössere Sachnähe zugestanden werden als demjenigen des Absendeorts.¹³⁷⁵

Die Verschiebung der Anknüpfung weg vom Sachschuldner hin zur Sachgläubigerin kommt auch der historischen Betrachtung entgegen, wonach einem *forum actoris* des Zahlungsgläubigers begegnet werden sollte.¹³⁷⁶ Dabei soll aber nicht ausser Acht gelassen werden, dass Stein des Anstosses bei näherer Betrachtung nicht das *forum actoris* war, sondern die sachliche Beziehungsarmut des Gerichtsstands.¹³⁷⁷ Aus dieser Perspektive ist denn auch der Vorwurf gegen den Lieferort ungerechtfertigt, das bisherige *forum actoris* des Verkäufers werde mit demjenigen des Käufers vertauscht.¹³⁷⁸ Entscheidend ist nicht die potenzielle Nähe des Gerichtsstands zu einer Partei, sondern deren potenzielle Sach- und Beweisnähe.¹³⁷⁹

Vorzugsweise ist damit der Gerichtsstand für Warenkauf- und Dienstleistungsverträge *konsequent am Lieferort* (Erfüllungsort i.w.S.; Bestimmungsort) anzusetzen.

1372 Vorne § 12I.V.3.d).

1373 KROPHOLLER, Art. 5 N 49; GA LENZ, Nr. 80; HAGER/BENTELE 76; zögernd RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 214 f.

1374 Vgl. GA LENZ, Nr. 72; KROPHOLLER, Art. 5 N 46, m.w.H.

1375 Vgl. hinten § 12J.IV.2.b). Das ist ein Hauptgrund, weshalb bereits GA LENZ in seinen Schlussanträgen in der EuGH-Sache Custom Made (EuGH v. 29.6.1994 Custom Made Commercial, Rs. 288/92) für die Ersetzung des Erfüllungsorts durch den Lieferort plädierte (GA LENZ, Nr. 80, Nr. 82; im Ergebnis auch GA RUIZ-JARABO Nr. 107).

1376 Vorne § 12C.V.

1377 Vorne § 12C.V.

1378 KUBIS 749.

1379 Vorne § 12B.I.

c) *Versendungsschuld, Bringschuld und andere Schulden: Lieferort als Bridging Concept:*

i) *Versendungsschuld*

Im Rahmen der Vertragstypen, die unter Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO fallen, nimmt die *Versendungsschuld* eine wichtige Stellung ein. Wie vorne ausgeführt, ist sie bei den *Erfolgsvpflichtungen* relevant, wie sie sowohl bei Warenkaufs- wie bei Werkverträgen häufig vereinbart werden.¹³⁸⁰ Den Verkäufer oder Unternehmer kann am materiellrechtlichen Erfüllungsort die vertragliche Nebenpflicht treffen, das Vertragsobjekt an einen vereinbarten Ort zu senden.

Die Versendungspflicht beruht i.d.R. auf *Vereinbarung*; als rein gesetzliche (qualifizierte) Versendungsschuld ist lediglich die – vorliegend nicht weiter interessierende – Geldschuld nach § 270 BGB ersichtlich.¹³⁸¹ Zur Bestimmung von Gültigkeit und Inhalt der ursprünglichen Lieferortsvereinbarung oder deren nachträglichen Änderung durch Akzeptation des Gläubigers ist grundsätzlich auf die *lex causae* abzustellen.¹³⁸² Insofern wird den Forderungen eines Grossteils der «faktischen» Erfüllungslehre beigepröflichtet.¹³⁸³ Wie erwähnt, ist im Unterschied zu diesen Lehrmeinungen aber nicht von einer gemischten Methode die Rede, welche in bestimmten Situationen (vor der Erfüllung, bei anfänglicher Erfüllungsortvereinbarung) von der Lieferortsbestimmung absieht und anstelle dessen auf den Erfüllungsort i.e.S. abstellt. Abgestellt wird durchwegs auf die Vereinbarung des Ortes, an welchen der Vertragsgegenstand zu versenden oder zu bringen ist. Die Lieferortsverpflichtung ist beim unbeweglichen Konzept mithin bereits im Stadium vor der Erfüllung gerichtsstandsrelevant.¹³⁸⁴

ii) *Bringschuld*

Bei der *Bringschuld* liegt eine eigentliche Erfüllungsortvereinbarung vor; damit gehen die Verpflichtungen des Schuldners über die blosse Versendungspflicht hinaus. Die vorliegend massgebliche Lieferortsverpflichtung ist deshalb regelmäs-

1380 Vorne § 3B.1.

1381 Vorne § 3C.II.3. Art. 31 lit. a CISG zeichnet zwar die Versendungsschuld dispositivrechtlich vor, kommt aber lediglich zum Tragen, wenn eine Beförderung der Ware vertraglich vereinbart wurde (SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-HUBER/WIDMER, Art. 31 N 1 ff.), und ist somit streng betrachtet keine dispositive Anordnung einer Versendungsschuld, sondern lediglich eine gesetzliche Präzisierung im Fall einer Versendungsschuldvereinbarung. Vgl. auch Art. 185 Abs. 2 und 189 Abs. 1 OR, welche lediglich im Fall der Vereinbarung einer Versendungsschuld greifen (vorne § 3B.1.2).

1382 Hierzu nachstehend § 12I.VI.1.d).

1383 Vorne § 12I.IV.2.a); Fn. 1165.

1384 In dieser Richtung CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 35.

sig in der Erfüllungsortvereinbarung enthalten.¹³⁸⁵ Insofern ändert das vorliegende Konzept nichts an der bisherigen Situation nach LugÜ/EuGVÜ; der Lieferort fällt mit dem Erfüllungsort i.e.S. zusammen.

iii) Andere Schulden

Die Konstellation einer blossen *Holschuld* dürfte im internationalen Handel nicht allzu häufig sein; die Vereinbarung von Bring- oder Versendungsschulden steht hier im Vordergrund.¹³⁸⁶ Die Holschuld zeichnet sich dadurch aus, dass weder eine Bring- noch eine Versendungsverpflichtung im erläuterten Sinne besteht; geschuldet ist lediglich ein «Zur-Verfügung-Stellen» bzw. Bereithalten am Wohnsitz des Sach-Schuldners oder am Lageort des Vertragsgegenstands; die Gläubigerin hat die Leistung dort abzuholen.¹³⁸⁷ Massgeblich ist damit ebenfalls der Ort, an dem die Gläubigerin (oder deren Stellvertreter) in den unmittelbaren Besitz¹³⁸⁸ des Vertragsobjekts gelangen kann. In solchen Fällen ist denn auch die Bestimmung des Gerichtsstands i.d.R. unproblematisch.¹³⁸⁹ Gegenüber der Situation unter den LugÜ/EuGVÜ oder Art. 5 Ziff. 1 lit. a rev. LugÜ/EuGVO ändert in diesen Fällen nichts.

Dasselbe gilt für Obligationen ausserhalb der Sachschulden, die lediglich zu einer schlichten Tätigkeit verpflichten (z.B. Mandat).¹³⁹⁰ Auch hier ist die Bestimmung i.d.R. einfach – dies unter dem unvermeidlichen Vorbehalt, dass bei einer Mehrheit von Erfüllungsorten einer Verpflichtung wertend vorgegangen werden muss.¹³⁹¹

iv) Lieferort als prozessualer Erfüllungsort: weiter Begriff

Lieferort ist nach vorliegendem Verständnis der Ort, wo die Gläubigerin oder ihr Stellvertreter die vertragliche Möglichkeit erhält, den Vertragsgegenstand in ihren unmittelbaren Besitz zu nehmen.¹³⁹² Im Hinblick auf Holschulden und schlichte Tätigkeitsverpflichtungen passt der Begriff nicht unmittelbar; er ist grosszügig auszulegen, denn er wurde für die im internationalen Handel überwiegenden Fälle der Versendungs- und Bringschuld konzipiert.

1385 Vgl. vorne § 3B.I.2 die Gegenüberstellung der Verpflichtungen bei der Bringschuld und der Versendungsschuld.

1386 Oft erfolgt die Regelung eines Lieferorts in AGB, vorne § 3B.III.2.g).

1387 Vorne § 3B.I.2.

1388 Vorne Fn. 1302.

1389 Kaum bedeutsam ist die Komplikation, die sich dadurch ergeben kann, dass sich der schuldnerische Wohnsitz nach Vertragsschluss ändert. Sofern dieser überhaupt massgeblich ist (und nicht der Lageort zur Zeit des Vertragsschlusses), wird nämlich der Wohnsitz des Sachschuldners im Zeitpunkt des Vertragsschlusses fixiert (vorne § 3B.IV.1; § 3C.II.3; § 4B.II.4.a). Eine Ausnahme macht lediglich das französische Recht (vorne § 3D.II).

1390 Keine Erfolgsverpflichtung; vorne § 3B.I; § 3B.III.2.i)iii).

1391 Dazu vorne § 3B.III.2.i)iii); hinten § 12I.VI.2.a)i).

1392 Dazu mehr nachstehend § 12I.VI.1.d).

Die massgebliche Verpflichtung zur Bestimmung des Gerichtsstands ändert damit von der Erfüllungsverpflichtung zur Lieferverpflichtung,¹³⁹³ der Lieferort wird so zum prozessrechtlichen Erfüllungsort. Mit diesem unbeweglichen Lieferortskonzept wird eine Rechtslage hergestellt, die im Ansatz derjenigen des Art. 46 nCPC/F entsprechen dürfte.¹³⁹⁴

Als Ort des Eintretens des Leistungserfolgs¹³⁹⁵ hat im Übrigen der Lieferort (im Sinne eines Erfüllungsorts i.w.S.) eine nicht unerhebliche *materiellrechtliche Bedeutung*.¹³⁹⁶ Wie vorne dargestellt, berücksichtigt dies das CISG mit einer differenzierten Sanktionierung bei den Erfüllungsstörungen.¹³⁹⁷

d) *Reduzierte Anwendung der lex causae bei der Bestimmung*

Häufig besteht bei der Verpflichtung des Sachschuldners Unklarheit, ob eine Versendungsschuld oder eine Bringschuld vereinbart wurde.¹³⁹⁸ Diese Unsicherheit ergibt sich v.a. im Zusammenhang mit den im internationalen Handel gebräuchlichen Lieferklauseln (INCOTERMS), deren Interpretation diesbezüglich umstritten ist.¹³⁹⁹

Was den Lieferort betrifft, so bestehen keine vergleichbaren Probleme, weil die Abgrenzung zwischen Bring- und Versendungsschuld überflüssig wird. Die Eigenart der vorliegenden Lösung besteht darin, dass die Unterschiede zwischen Versendungsschuld und Bringschuld für die Zwecke des IZPR überbrückt werden können. Diese Unterschiede spielen im materiellen Recht hauptsächlich für die Allokation des Transportrisikos (d.h. für die Gefahrtragung) eine wesentliche Rolle.¹⁴⁰⁰ Für das Gerichtsstandsrecht ist dieser Aspekt unerheblich,¹⁴⁰¹ hier stehen *Sach- und Beweismnähe* sowie *Voraussehbarkeit der Bestimmung* im Vordergrund.

Die Prüfung von diesbezüglichen Indizien wie Gefahr- und Kostentragungsregelung ist nicht notwendig. Entscheidend ist allein die Verpflichtung des Schuldners der Sachleistung, den Leistungsgegenstand geographisch an einen bestimmten Ort zu verschieben.¹⁴⁰² Dabei ist unerheblich, ob das Bringen oder Überbringen Gegenstand der Hauptleistungspflicht des Schuldners ist, oder ob le-

1393 Zu Erfüllungs- und Lieferverpflichtung im schweizerischen Recht vgl. vorne § 3B.I.

1394 HAGER/BENTELE 77; KROPHOLLER, Art. 5 N 27; vgl. MEZGER 347; vgl. vorne § 10D; hinten § 12I.VI.2.a)ii)a).

1395 Vorne § 3B.I.3.

1396 Vorne § 3B.I.1; § 3B.I.3.

1397 Dazu vorne § 4B.II.2.

1398 WURMNEST 113.

1399 Vorne § 3B.III.2.h).

1400 Vorne § 2A; § 3B.II.1.

1401 GA LENZ, Nr. 21; vgl. PILTZ, Anm. zu EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, NJW 2007, 1802; vgl. MANKOWSKI, Art. 5 N 108.

1402 CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 35.

diglich eine vertragliche Nebenpflicht zur Versendung und zum Abschluss einer dementsprechenden Vereinbarung mit dem Transporteur besteht.¹⁴⁰³

Ebenso sind für den örtlichen Aspekt die Einzelheiten unerheblich, was die geschuldete Leistungshandlung betrifft, namentlich ob es sich um eine Verpflichtung zur Übergabe des Vertragsobjekts an die andere Partei (Bringen, Überbringen), oder etwa um eine Abladeverpflichtung oder um eine blossе Verpflichtung zur Überlassung an die andere Partei handelt.¹⁴⁰⁴ Massgeblich ist einzig, dass der Vertragsgegenstand am Lieferort in den unmittelbaren Besitz¹⁴⁰⁵ der anderen Vertragspartei oder ihrer Stellvertreterin gelangen kann. Auch auf die persönliche Entgegennahme durch den Käufer kann es dabei natürlich nicht ankommen. Entscheidend ist der Übergang in den unmittelbaren Besitz des Käufers oder seiner Stellvertreterin, die ihrerseits eine vom Käufer beauftragte Frachtführerin sein kann. Insofern ist an den materiellrechtlichen Erfolgsort (Erfüllungsort i.w.S.) anzulehnen, der sich am Ort der Besitzes- und ggf. Eigentumsverschaffung befindet.¹⁴⁰⁶ Gleichzeitig sind die Forderungen in der Lehre zu relativieren, die auf die tatsächliche Erlangung des Gewahrsams durch den Erwerber abstellen wollen.¹⁴⁰⁷ Zur Bestimmung des Lieferorts kann es nämlich nicht darauf ankommen, ob der Gläubiger in Annahmeverzug gerät bzw. ob der Erfüllungserfolg tatsächlich eingetreten ist. Im Voraus objektiv bestimmbar ist allein die schuldnerische Verpflichtung, weshalb der massgebliche Ort allein aus dieser Perspektive zu definieren ist. Die blossе Möglichkeit zur Erlangung des unmittelbaren Besitzes hat damit zur Begründung des Gerichtsstands auszureichen.

Wie erwähnt, sind die vorliegenden Feststellungen im Prinzip auf der Grundlage der *lex causae* zu treffen.¹⁴⁰⁸ Mit der Vereinfachung des zur Gerichtsstandsbestimmung massgeblichen Gegenstands der Vereinbarung ist indessen zu erwarten, dass zur Bestimmung ein Rückgriff auf das anwendbare Recht nicht in allen Fällen nötig sein wird. Der hier vorgeschlagene Lieferort ist ein einfacher geographischer Bezug des Vertrags, der i.d.R. ohne tiefere rechtliche Überlegungen zu eruieren ist,¹⁴⁰⁹ und der sich nach den diversen Rechtsordnungen nicht unterschiedlich bestimmt.¹⁴¹⁰ Dadurch ergibt sich eine erhöhte Voraussehbarkeit¹⁴¹¹ des Gerichtsstands. Weitere Vereinfachungen ergeben sich nach erfolgter Erfüllung. Akzeptiert der Gläubiger den örtlichen Aspekt der Lieferung, so ist der dortige Gerichtsstand jedenfalls gegeben, möglicherweise auch im Sinne einer Ver-

1403 Vgl. dazu vorne § 3B.I.2.

1404 Vorne § 3B.I.2.

1405 Vorne Fn. 1302.

1406 Vorne § 3B.I.1; § 3B.I.3.

1407 Vorne § 12I.V.3.d).

1408 Vorstehend § 12I.VI.1.c).

1409 Vorstehend § 12I.VI.1.c).

1410 Vorne § 5.

1411 HAGER/BENTELE 76.

tragsänderung.¹⁴¹² Die Änderung betrifft nicht den Erfüllungsort i.e.S., sondern den Lieferort; es kann mithin allein darauf abgestellt werden, an welchem Ort der Sachgläubiger die Lieferung abgenommen oder abgeholt hat. Diese Feststellung fällt in aller Regel leichter als die Bestimmung des Erfüllungsorts i.e.S.;¹⁴¹³ ein diesbezüglicher Streit zwischen den Parteien ist für den Gerichtsstand ohne Belang. Zur Darstellung diene folgendes Beispiel:¹⁴¹⁴

Die X AG in Köln bestellt bei der Y AG in Steyr einen Posten Abstandhalter für eine Glaskonstruktion. Sie bestätigt die telefonische Bestellung mittels Fax an die Y AG, worin die Versandart mit «frei Haus» und Lieferort im Hause der X AG angegeben ist. Diese Angaben werden via Fax der Y AG bestätigt.

Folgt man dem unbeweglichen Lieferortsprinzip, so ist für die Klage der X AG wegen Mangelhaftigkeit der Abstandhalter zweifellos das Kölner Gericht zuständig. Der Lieferort geht bereits aus der Vereinbarung hervor; zudem hat die Y AG denn auch vereinbarungsgemäss in Köln geliefert (sei es mit eigenen Lieferwagen, sei es über einen vertraglichen Transporteur).¹⁴¹⁵

Folgt man der konventionellen Erfüllungsortsbestimmung, so ist eine Zuständigkeit in Köln unsicher.¹⁴¹⁶ Die Formel «frei Haus» wird unterschiedlich ausgelegt; sie kann auch als reine Kostenklausel betrachtet werden,¹⁴¹⁷ womit eine Versendungsschuld mit gesetzlichem¹⁴¹⁸ Erfüllungsort in Steyr und damit ein dortiger Gerichtsstand gegeben wäre.¹⁴¹⁹ Die Vereinbarung zur Bestimmung des Erfüllungsorts i.e.S. wäre unter dem Aspekt des darauf anwendbaren Rechts näher unter die Lupe zu nehmen und zu interpretieren.

Folgt man den vorne dargestellten faktischen Erfüllungsortstheorien (bewegliches Lieferortsprinzip), so wäre ungeachtet dieser Zweifel ein Gerichtsstand am Lieferort Köln gegeben, sofern die Lieferung bereits tatsächlich erfolgt ist; vor bzw. ohne tatsächliche Lieferung blieben hingegen die vorstehenden Zweifel aufrecht.¹⁴²⁰

1412 Vorne § 12I.V.3.c)ii)B).

1413 Vorne § 12I.V.3.c)ii)B).

1414 Das Beispiel orientiert sich vereinfachend am Sachverhalt, welcher der Entscheidung des öst. OGH v. 16.12.2003, Rs. 4Ob147/03a, zugrunde liegt. Die Begründung in dieser Entscheidung geht aber in die Richtung eines beweglichen Lieferortskonzepts.

1415 Der Umstand der Lieferortsvereinbarung allein genügt *in casu* dem öst. OGH noch nicht. Für den öst. OGH war letztlich entscheidend, dass die Lieferung tatsächlich in Köln stattgefunden hat. Damit verteidigt der öst. OGH das vorne dargestellte faktische Erfüllungskonzept und damit – wohl unbemerkt – den beweglichen Lieferort (vorne § 12I.V.3.e).

1416 Der öst. OGH stellte denn auch zur Diskussion, ob die Klausel «frei Haus» eine gerichtsstandsrelevante Erfüllungsortsvereinbarung bedeute – ohne die Frage zu beantworten.

1417 MANKOWSKI, Art. 5 N 102.

1418 Wohnsitz des Schuldners der Sachleistung; Art. 4 EVÜ i.V.m. § 905 Abs. 1 ABGB; siehe vorne § 7A.III.

1419 MAGNUS, UN-Kaufrecht, 48; vorne § 3B.III.2.h).

1420 Vorne § 12I.V.3.e)ii).

Weitere Erörterungen zum Konzept finden sich hinten.¹⁴²¹ Nachfolgend wird es auf die Sonderfragen des Lieferorts bei einer Mehrheit von Lieferorten und bei der elektronischen Leistung angewandt.

2. Sonderfragen des unbeweglichen Lieferortskonzepts

a) Mehrheit von Lieferorten

i) Dienstleistungen mit reiner Tätigkeitsverpflichtung

Vorauszuschicken ist, dass die Frage der Mehrheit von Erfüllungsorten bereits unter LugÜ/EuGVÜ offen war.¹⁴²² Die Problematik hat in der Rechtsprechung zu LugÜ/EuGVÜ bisher wenig Beachtung gefunden (und wohl auch wenige Probleme beschert). Vom Problemkreis vorweg auszuschneiden ist die Situation, in welcher dem Schuldner oder dem Gläubiger vereinbarungsgemäss die *Wahl* zwischen verschiedenen Erfüllungsorten zukommt. Diesfalls resultiert problemlos ein einziger Erfüllungsort nach Ausübung der Wahlerklärung.¹⁴²³ Ist die Wahlerklärung vor Anhebung der Klage noch nicht ausgeübt worden, so kann die Anrufung des entsprechenden Gerichts als Ausübung der Wahlerklärung aufgefasst werden.

Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass die Tätigkeit des Erbringers bei *Dienstleistungen* an verschiedenen Orten stattfinden kann.¹⁴²⁴ Oft hat dies aber keine Aufteilung des *materiellrechtlichen Erfüllungsorts* zur Folge. So ist in einer Reihe von vorne beschriebenen Situationen auf eine *konkludente Vereinbarung* abzustellen, die für mehrere Leistungen oder Teilleistungen der dienstleistenden Partei einen einheitlichen Erfüllungsort am erkennbaren Schwerpunkt ihrer Tätigkeit festlegt.¹⁴²⁵ Oder es gilt aber – mangels einer konkludenten Vereinbarung – das dispositive Recht, das einer Leistung ohnehin jeweils einen einheitlichen Erfüllungsort zuordnet.¹⁴²⁶

Hierzu sei auf das Beispiel zum materiellen Recht (Rechtsanwaltstätigkeit) vorne verwiesen.¹⁴²⁷ Diesem Beispiel liegt eine Entscheidung des deutschen BGH zugrunde:¹⁴²⁸

1421 Vgl. dazu hinten § 12J; § 13B.

1422 Anlässlich der Revision unterbreitete die EG-KOMMISSION den Vorschlag, bei einer Mehrheit von Erfüllungsorten den Vertragsgerichtsstand zu eliminieren (Verhandlungsdokument des Rates v. 26.11.1997 JUSTCIV 1).

1423 Vorne § 3B.III.2.i)ii); zum materiellen Recht der mehrfachen Erfüllungsorte allgemein vorne § 3B.III.2.i).

1424 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2112.

1425 Vorne § 3B.III.2.i)iii).

1426 Vorne § 3B.III.2.i)iii). Mit demselben Ergebnis: MANKOWSKI, Art. 5 N 121.

1427 Vorne § 3B.III.2.i)iii).

1428 BGH v. 2.3.06, Rs. IX ZR 15/05.

Im Fall eines Münchner Rechtsanwalts, der im Rahmen seines Mandats u.a. auch als Schiedsrichter an Verhandlungen in London teilnahm, hat der BGH in Anwendung des Art. 5 Ziff. 1 lit. b EuGVO zu Gunsten eines einheitlichen Erfüllungsorts und Gerichtsstands bei der Kanzlei in München entschieden.

Nach BGH ist der Ort massgeblich, an welchem der Schwerpunkt der Tätigkeit des Leistungserbringers liegt. Dazu sind Zeitaufwand und Bedeutung der Tätigkeitsanteile gegeneinander abzuwägen.¹⁴²⁹

Aus der Sicht des Gerichtsstandsrechts ist diese Schwerpunktbestimmung wünschbar. Vorliegend geht es um Tätigkeiten einer Partei im Rahmen des Mandats, die an verschiedenen Orten ausgeführt wurden. Ein Gerichtsstand an jedem Tätigkeitsort entstehen zu lassen, liefe dem Revisionsziel entgegen, eine Zersplitterung der Gerichtsstände zu vermeiden. Die Schwerpunktbestimmung steht dabei in keinem Widerspruch zu den Anforderungen der Sach- und Beweisnähe; sie ist v.a. auch in einer Linie mit der Rechtsprechung des EuGH zu einer Mehrzahl von Arbeitsorten unter dem EuGVÜ¹⁴³⁰ sowie mit der nachstehend wiedergegebenen Rechtsprechung des EuGH zur EuGVO, wonach bei Warenlieferungen an mehrere Orte eine Hauptlieferung zu isolieren ist.¹⁴³¹

Zwar bekennt sich der BGH mit dieser Entscheidung verbal zu einer «faktischen» Bestimmung des Gerichtsstands.¹⁴³² Die Bestimmung eines «Tätigkeitsschwerpunkts» des Anwalts weist indessen in eine normative Richtung, die eben keineswegs im Widerspruch mit einer materiellrechtlichen Sichtweise des Erfüllungsorts steht.¹⁴³³

Immerhin ist die Situation denkbar, in welcher sich kein örtlicher Schwerpunkt der verschiedenen Handlungen bestimmen lässt. Dazu wird angeregt, die EuGH-Rechtsprechung Besix¹⁴³⁴ anzuwenden, die bei räumlich unbegrenzten Unterlassungspflichten den Vertragsgerichtsstand vollständig entfallen lässt.¹⁴³⁵ Eine vollständige Unterdrückung des Gerichtsstands schafft aber eine Schiefelage innerhalb des Vertragsrechts und sollte deshalb *ultima ratio* sein; die vorliegende Konstellation ist zudem mit der weltweit geltenden Unterlassungsverpflichtung nicht vergleichbar, zumal diese zu einem Verzicht auf den Vertragsgerichtsstand aus dem sachlogisch zwingenden Grund führt, dass eine Auslösung von Gerichtsständen

1429 BGH v. 2.3.06 Rs. IX ZR 15/05, E 3.

1430 EuGH 13.7.1993 Mulox, Rs. C-125/92; EuGH, 9.1.1997 Rutten, Rs. C-383/95.

1431 EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05; nachstehend § 12I.VI.2.a)ii).

1432 BGH v. 2.3.06, Rs. IX ZR 15/05., E 3. (2).

1433 Vgl. zum schweizerischen Recht vorne § 3B.III.2.i)iii). Die neuere Rechtsprechung des BGH, wonach der Honoranspruch des Mandatars nicht am Ort der Kanzlei zu erfüllen ist (vorne § 3C.II.2.c), steht dazu in keinem unmittelbaren Widerspruch, da aus dem Gesichtspunkt der rev. LugÜ/EuGVO allein die Tätigkeit der Partei massgeblich ist, welche die vertragscharakteristische Leistung erbringt. Kritisch aber zur damit geschaffenen Differenz zwischen § 29 ZPO/D und Art. 5 Ziff. 1 lit. b EuGVO: Anmerkung GOTTWALD, FamRZ 2004, 98.

1434 EuGH v. 19.2.2002 Besix, Rs. C-256/00.

1435 Vgl. MAGNUS, UN-Kaufrecht, 49.

in sämtlichen an die Instrumente gebundenen Staaten zu vermeiden ist. In der vorliegenden Ausnahmesituation ist vielmehr eine Lösung zu bevorzugen, wonach dem Kläger die Wahl zwischen den verschiedenen Tätigkeitsorten zukommt.¹⁴³⁶

Die vorliegende Entscheidung des BGH betrifft eine Mehrzahl von Tätigkeiten in verschiedenen Staaten, die an das rev. LugÜ/EuGVO gebunden sind. Dieselben Überlegungen beanspruchen indessen ohne Weiteres Geltung, wenn verschiedene Tätigkeiten in einem einzigen Staat ausgeführt werden.

ii) Lieferung von Waren an verschiedene Orte (Erfolgsverpflichtungen; EuGH-Entscheidung Color Drack)

α) Aus der Sicht des Verfahrensrechts

Vergleichsweise etwas seltener als die vorstehend erläuterten Tatbestände, aber durchaus nicht unüblich, mag die *Lieferung von Waren* an verschiedenen Orten aufgrund einer einheitlichen Verpflichtung sein,¹⁴³⁷ wie er im Verfahren Color Drack zu entscheiden war. Im Unterschied zu den vorstehend erläuterten Tätigkeitsverpflichtungen sind vorliegend nicht verschiedene Staaten betroffen, da sämtliche Lieferorte in Österreich liegen. Diese Konstellation wurde dennoch in dem Masse als aussergewöhnlich angesehen, dass von verschiedener Seite befürchtet wurde, der neue Vertragsgerichtsstand der EuGVO könne dieses Problem nicht bewältigen.¹⁴³⁸

Im vom EuGH beurteilten Fall geht es um die Lieferung einer «Sammelorder» Sonnenbrillen, die von der Nürnberger Verkäuferin vereinbarungsgemäss nicht an die österreichische Käuferin, sondern direkt an verschiedene, von dieser bezeichnete und örtlich auseinanderliegende österreichische Detaillisten geliefert worden sind.

Der weitere Sachverhalt und die umfassende Prozessgeschichte wurden vorne im Zusammenhang mit der Erfüllungsortvereinbarung wiedergegeben.¹⁴³⁹ Vorliegend ist von Bedeutung, dass das Berufungsgericht und der OGH beide davon ausgehen, dass Art. 5 Ziff. 1 lit. b EuGVO eine «... einheitliche gesetzliche Regelung des Erfüllungsortes enthält, der einen einzigen Anknüpfungspunkt für sämtliche Ansprüche aus einem Kauf- oder Dienstleistungsvertrag bildet».¹⁴⁴⁰ Das Berufungsgericht schliesst daraus, dass lit. b nicht anwendbar ist, weshalb – über lit. c – lit. a zur Anwendung komme.¹⁴⁴¹ Somit ergebe sich ein Gerichtsstand in Nürnberg, in Anwendung der kollisionsrechtlichen Methode der EuGH-Recht-

1436 Analog der nachstehenden Lösung bei Teillieferungen von Waren an verschiedene Orte.

1437 Zum materiellen Schweizer Recht vorne § 3B.III.2.i).

1438 Öst. OGH v. 28.9.2005, Rs 7 Ob 149/05w, E 2, E 3.; deutsche und italienische Regierung bei GA Bot, Nr. 27 ff.

1439 Vorne § 12I.IV.2ndb).

1440 Öst. OGH v. 28.9.2005, Rs 7 Ob 149/05w, E 2, E 3.

1441 Dazu hinten § 12K.

sprechung Tessili.¹⁴⁴² Der öst. OGH lässt diese Frage offen; er fragt sich aber, wie erwähnt (gemeinsam mit der Vorinstanz), «... ob die Anwendung des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO hinsichtlich eines alle Teillieferungen betreffenden Anspruches <an Grenzen stösst ...>».¹⁴⁴³

Die deutsche und die italienische Regierung schliessen sich der Auffassung des Berufungsgerichts an. Eine Mehrheit von Lieferorten widerspreche dem Wortlaut der lit. b, der nur einen einzigen Lieferort vorsieht. Der Vertragsgerichtsstand sei als besonderer Gerichtsstand eng auszulegen, die Annahme mehrerer Vertragsgerichtsstände sei zweckwidrig und wider eine geordnete Rechtspflege.¹⁴⁴⁴

GA BOT sowie die Stellungnahmen des Vereinigten Königreichs und der EG-KOMMISSION teilen diese Ansicht nicht. Sie sind für eine Beurteilung nach lit. b und gestützt darauf für die Zulassung mehrerer Gerichtstände in einem EU-Mitgliedstaat. Der GA argumentiert zutreffend, der Anwendungsbereich der lit. b sei allein durch den Begriff des «Verkaufs beweglicher Sachen» bestimmt, und nicht etwa durch die Anzahl der örtlichen Anknüpfungspunkte.¹⁴⁴⁵ Ausserdem bringt der GA vor, dass die EuGVO (wie auch bereits das EuGVÜ) vorwiegend im internationalen Verhältnis das Ziel verfolge, eine Mehrheit von Verfahren (und damit die Gefahr widersprechender Urteile) zu vermeiden. Innerhalb eines EU-Mitgliedstaats seien mehrere Gerichtstände aus der Sicht der EuGVO durchaus zulässig.¹⁴⁴⁶ Im Übrigen sei es am nationalen (Verfahrens-) Recht zu bestimmen, ob an jedem Lieferort eine Zuständigkeit zur Beurteilung sämtlicher Lieferungen gegeben sei, oder eine Konzentration des Gerichtsstands zu erfolgen habe.¹⁴⁴⁷ Sehe das Recht dieses Mitgliedstaats keine besondere Zuständigkeitsregel für diesen Fall vor, so könne die Klage wahlweise an jedem Lieferort angebracht werden.¹⁴⁴⁸

Der EuGH teilt erwartungsgemäss weder die Auffassung, der Gerichtsstand sei nach lit. a zu bestimmen, noch will er auf nationales Prozessrecht zurückgreifen.¹⁴⁴⁹

Der EuGH verwirft den vorgeschlagenen Rückgriff auf das mitgliedstaatliche internationale Zuständigkeitsrecht bereits im Zusammenhang mit den vorsorglichen Massnahmen.¹⁴⁵⁰ Im vorliegenden Zusammenhang ist diese Lösung umso mehr abzulehnen. Art. 5 Ziff. 1 rev. LugÜ/EuGVO bestimmt neben der internatio-

1442 Öst. OGH v. 28.9.2005, Rs 7 Ob 149/05w, E 2.

1443 Öst. OGH v. 28.9.2005, Rs 7 Ob 149/05w, E 2, E 3.

1444 GA BOT, Nr. 27 ff.

1445 GA BOT, Nr. 37.

1446 GA BOT, Nr. 100 f.

1447 GA BOT, Nr. 128.

1448 GA BOT, Nr. 130.

1449 MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 332.

1450 EuGH v. 17.11.1998 van Uden, Rs. C-391/95 und v. 27.4.1999 Mietz, Rs. C-99/96; EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, Nr. 30; MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 332.

nalen auch die örtliche Zuständigkeit.¹⁴⁵¹ Wären rev. LugÜ/EuGVO als Verweisung auf das nationale IZPR zu verstehen, so ergäbe sich eine Dreistufigkeit der Prüfung, wenn dieses seinerseits auf das anwendbare materielle Recht verweist. Damit nähmen die europäischen Zivilprozessinstrumente ihre internationale Brückenfunktion für die ausländische Klägerin nicht mehr ausreichend wahr. Für die subsidiäre, instrumentsautonome Lösung bestünde ausserdem kein Raum, da zwingendermassen in allen nationalen Rechtsordnungen eine Lösung gefunden wird, wollen sich die Gerichte nicht dem Vorwurf der Rechtsverweigerung aussetzen.

Im Fall mehrerer Anknüpfungspunkte gibt es auch keinen Anlass, die Anwendung von lit. b zu Gunsten der lit. a auszuschliessen. Der Wortlaut der Bestimmung gibt darauf nicht den geringsten Hinweis: Sowohl Art. 5 Ziff. 1 lit. b wie lit. a rev. LugÜ/EuGVO sprechen von einem einzigen Ort, ein Rückfall auf lit. a wäre demnach gleichermassen verbaut, was auf eine Abschaffung des Vertragsgerichtsstands bei einer Mehrheit von Lieferorten hinauslaufen würde.¹⁴⁵²

Vielmehr hat sich der EuGH richtigerweise an den Gedanken der Kommission gehalten, wonach unter den einzelnen Teillieferungen eine – nach wirtschaftlichen Kriterien bestimmte – Hauptlieferung zu bezeichnen ist, die allein gerichtsstands-begründend wirkt.¹⁴⁵³ Unter Erfüllungsort sei nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b der Ort «... zu verstehen, an dem die engste Verknüpfung zwischen dem Vertrag und dem zuständigen Gericht besteht. In einem solchen Fall ist die engste Verknüpfung im Allgemeinen am Ort der Hauptlieferung gegeben, die nach wirtschaftlichen Kriterien zu bestimmen ist.»¹⁴⁵⁴ Kann eine solche nicht festgestellt werden, so hat der Kläger die Wahl des Gerichtsstands.¹⁴⁵⁵

Diese Beurteilung läuft mit der vorstehend genannten Entscheidung des BGH zur reinen Tätigkeitsleistung parallel, bei der bei mehreren Tätigkeitsorten ein Schwerpunkt zu bestimmen ist.¹⁴⁵⁶

Diese Methode geht Kompromisse mit dem Aspekt der Rechtssicherheit aus doppelter Perspektive ein: Einmal wird die Bestimmung einer «Hauptleistung» oft nicht auf der Hand liegen;¹⁴⁵⁷ schwierig sein kann aber auch die Feststellung, dass eine engste Verknüpfung zwischen Vertrag und Gericht nicht festgestellt werden kann. Immerhin wird es sich oft um gleichartige Teilleistungen handeln, so

1451 Vorne § 12D.

1452 Vgl. LEIBLE/REINERT 372.

1453 EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, Nr. 40; vgl. BOT, Nr. 117 f.; MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 333; vgl. DUTOIT, Guide, N 60.

1454 EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, N 40.

1455 EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, Nr. 42; wegen der erwähnten Klägerbevorzugung kritisch MANKOWSKI, Lieferorte, 406, 411.

1456 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 55; TAKAHASHI 539; vgl. MAGNUS, UN-Kaufrecht, 49; vgl. DUTOIT, Guide Nr. 60.

1457 GA BOT, Nr. 125; MANKOWSKI, Lieferorte, 209 f.

dass zur Schwerpunktbestimmung allein auf die Quantität abgestellt werden kann.¹⁴⁵⁸

Wenn man davon absieht, dass der EuGH bedauerlicherweise den Aspekt der Lieferortsvereinbarung ausser Acht gelassen hat,¹⁴⁵⁹ blieben ihm jedoch *keine verlässlichen Lösungsalternativen*.

Die radikalste Alternative bestünde darin, bei einer Mehrheit von Erfüllungsorten den Vertragsgerichtsstand im Sinn der EuGH Rechtsprechung *Besix* vollständig fallen zu lassen.¹⁴⁶⁰ Das führte aber zu einer nicht zu rechtfertigenden verfahrensrechtlichen Schiefelage im Verhältnis zu den weit häufigeren Situationen, in welchen die Lieferung an einen einzigen Ort stattfindet.¹⁴⁶¹

Eine weitere Möglichkeit hätte darin bestanden, der Klägerin nach den Vorbildern des Art. 46 nCPC/F, erste Alternative, sowie des Art. 6 des Haager Entwurfs die Wahl zwischen den verschiedenen Lieferorten für die Klage auf die gesamte Leistung zuzugestehen.¹⁴⁶² Diese Lösung wäre in einer Linie mit dem materiellen Recht.¹⁴⁶³ Allerdings würde die Voraussehbarkeit des Gerichtsstands durch den Beklagten durch diese Zersplitterung des Gerichtsstands stark beeinträchtigt.¹⁴⁶⁴ Die Klägerin hätte die Möglichkeit eines veritablen *forum shopping*, indem sie das ihm genehme Gericht für die gesamte Forderung auswählen kann.¹⁴⁶⁵

Auch eine Zuflucht zu einer Methode analog zur EuGH-Rechtsprechung *Shevill*¹⁴⁶⁶ zum Deliktgerichtsstand (Art. 5 Ziff. 3 LugÜ/EuGVÜ) wäre problembehaftet – auch wenn sie ebenfalls mit dem materiellen Recht gleichläuft.¹⁴⁶⁷ Bei Streudelikten mit mehreren Erfolgsorten in verschiedenen Staaten entsteht in jedem Erfolgsstaat jeweils eine Zuständigkeit; die Entscheidungsbefugnis des vom Kläger gewählten Gerichts ist aber jeweils auf den in diesem Staat eingetretenen Schaden beschränkt.¹⁴⁶⁸ Würde diese Methode analog auf die vorliegende Situa-

1458 MANKOWSKI, Lieferorte, will die Hauptleistung am Ort der vertragsbetreuenden Niederlassung des Lieferers ansiedeln, sofern an diesem Ort eine Lieferung erfolgt (408). Diese Lösung, die den Schwerpunkt bei der vertraglichen Aktivität des Verkäufers setzt, lässt sich allerdings mit dem wirtschaftlich zu bestimmenden Ort der Hauptlieferung, wie er durch den EuGH umschrieben wird, nicht vereinbaren: Der EuGH stellt auf Kriterien ab, die mit der gelieferten Kaufsache verbunden sind, und nicht mit der Aktivität des Verkäufers.

1459 Vorne § 12I.IV.2ndb).

1460 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 55; vgl. den erwähnten EuGH v. 19.2.2002 *Besix*, Rs. C-256/00.

1461 Vgl. vorstehend § 12I.VI.2.a)i); vgl. MANKOWSKI, Lieferorte, 408.

1462 Vorne § 10D; § 11C; vgl. TAKAHASHI 538 betr. Erfüllungsorte in verschiedenen Staaten; vgl. die erwähnte subsidiäre Lösung von GA BOT.

1463 Vorne § 3B.III.2.i)iii); dazu nachstehend § 12I.VI.2.a)ii)6).

1464 Vgl. LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 55.

1465 MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 332; MANKOWSKI, Lieferorte, 406.

1466 EuGH v. 7.3.1995 *Shevill* Rs. C-68/93.

1467 Dazu nachstehend § 12I.VI.2.a)ii)6).

1468 EuGH v. 7.3.1995 *Shevill*, Rs. C-68/93; SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, Art. 5 N 20.

tion übertragen,¹⁴⁶⁹ so könnte an den verschiedenen Lieferorten (auch im selben Staat) nur der jeweilige Teil der Leistung eingeklagt werden, der mit diesem Ort in Verbindung steht. Diese Gerichtsstände wären zwar durchaus sach- und beweisnah, bergen aber erhebliche Nachteile für den Kläger. Im Unterschied zum Deliktsrecht, wo der Kläger zwischen Handlungs- und Erfolgsort wählen kann,¹⁴⁷⁰ bleibt dem Kläger beim Vertragsgerichtsstand nur der allgemeine Gerichtsstand am Sitz der Beklagten als Alternative. Soll die ganze oder ein Grossteil der Verpflichtung durchgesetzt werden, so hat er parallele Verfahren an verschiedenen Orten zu führen oder sich mit dem Beklagtengerichtsstand zu begnügen. Ersteres bedeutet einen erheblichen Aufwand und birgt zudem die Gefahr widersprechender Entscheidungen.¹⁴⁷¹

Schliesslich ist festzuhalten, dass der EuGH seine Lösung auf die Situation beschränkt, in der sich sämtliche Lieferorte im selben Mitgliedstaat befinden.¹⁴⁷² Die vorstehenden Argumente für die Lösung des EuGH gelten aber gleichermassen im Fall, dass Lieferorte in mehreren Mitgliedstaaten involviert sind.¹⁴⁷³ In diese Richtung weist bereits die vorstehend dargestellte Entscheidung des deutschen BGH¹⁴⁷⁴ sowie die traditionelle EuGH-Rechtsprechung zum EuGVÜ im Zusammenhang mit einer Mehrheit von Arbeitsorten.¹⁴⁷⁵

β) Aus der Sicht des materiellen Rechts

Wie erwähnt, ist zu bedauern, dass der EuGH der Frage der *Lieferortsvereinbarung* keine Beachtung geschenkt hat. Diese Frage wird sich in Fällen unweigerlich stellen, bei denen Entstehung oder Gültigkeit der Erfüllungsortsvereinbarung streitig sind.¹⁴⁷⁶ Sie ist nach der *lex causae* zu untersuchen.¹⁴⁷⁷

Über die Gültigkeitsfrage hinaus führt die Anwendung des materiellen Rechts inhaltlich hingegen nicht zur vorliegenden Lösung des EuGH. Zwar ist der Erfüllungsort i.e.S. auch beim vorliegenden Distanzkauf an einem einheitlichen Ort, nämlich am Sitz des Sachschuldners in Nürnberg, zu bestimmen.¹⁴⁷⁸ Wird aber der Erfolgsort (Erfüllungsort i.w.S., Lieferort) zugrundegelegt, so liegen die Erfül-

1469 So ein Vorschlag von CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 15.

1470 NAGEL/GOTTWALD 99 f. Dabei ist aber einzuräumen, dass der Handlungsort oft mit dem allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten zusammenfällt.

1471 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 55; MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 332; MANKOWSKI, Lieferorte, 406.

1472 EuGH v. 3. 5. 2007 Color Drack, Rs. C-386/05, N 16.

1473 LEIBLE/REINERT 373; vgl. OBERHAMMER, Art. 5 N 66; die Gefahr des *forum shopping* sieht MANKOWSKI, Lieferorte, 412, allerdings zu Recht noch verstärkt, wenn sich das subsidiäre Wahlrecht des Klägers auf Gerichtsstände in mehreren Mitgliedstaaten bezieht.

1474 Vorstehend § 12 I.VI.2.a)i); vgl. LEIBLE/REINERT 373.

1475 EuGH v. 13. 7. 1993 Mulox, Rs. C-125/92; EuGH v. 9. 1. 1997 Rutten, Rs. C-383/95.

1476 MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 333.

1477 Vorne § 12 I.V.2.d); § 12 I.V.3.a).

1478 Vorne § 12 I.V.2ndb).

lungsorte i.w.S. (Lieferorte) notwendigerweise bei den einzelnen Detailhändlern, zumal dort der materiellrechtliche *Verpflichtungserfolg* (Besitz- und Eigentumsübergang) eintreten kann.¹⁴⁷⁹

Somit liegt die verfahrensrechtlich gebotene Lösung nicht auf der Linie des materiellen Rechts, im Unterschied zu den vorstehend beurteilten Dienstleistungen ohne Erfolgsverpflichtung.¹⁴⁸⁰ Wie bereits bei der Konzentration des Gerichtsstands auf der Ebene des einheitlichen Vertrags erscheint auch die vorliegende Konzentration auf der Ebene der Verpflichtung als eine aus Sicht des Verfahrensrechts notwendige, verfahrensrechtlich-autonome Reduktion des materiellen Rechts.

b) Lieferort bei elektronisch zu erbringender Leistung

Unter den *LugÜ/EuGVÜ* stellt sich der *Erfüllungsort einer elektronisch zu erbringenden Leistung*¹⁴⁸¹ wie folgt dar. Oft wird eine – mindestens konkludente – Vereinbarung über den Ort des Zur-Verfügung-Stellens vorliegen, so dass eine Versendungsschuld resultiert.¹⁴⁸² Damit bestimmt sich der Erfüllungsort nach dispositivem materiellem Recht: Nach Art. 4 Abs. 2 EVÜ und Art. 117 Abs. 2 IPRG kommt i.d.R. das Recht des Anbieters der elektronischen Leistung zum Zug; nach Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR bedeutet dies einen Gerichtsstand am Wohnsitz der Anbieterin.

Unter *rev. LugÜ/EuGVO* bleibt die geschilderte Situation für den Grossteil der elektronisch zu erfüllenden Verträge aufrecht, welche nicht als Warenkauf- oder Dienstleistungsverträge zu betrachten sind.¹⁴⁸³ Der Kauf von Standard-Software scheidet aus; wird sie via Internet heruntergeladen, so gebriecht es an der «beweglichen Sache» nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b *rev. LugÜ/EuGVO*;¹⁴⁸⁴ wird sie auf einem Datenträger geliefert, findet nicht eine elektronische, sondern eine – insofern problemlose – körperliche Erfüllung statt. Als verbleibende, elektronisch zu erfüllende Verträge, die unter lit. b fallen dürften,¹⁴⁸⁵ kommt die Entwicklung von Individualsoftware als Dienstleistung in Frage.¹⁴⁸⁶ Bei der Lieferung der Individualsoftware über Internet ist ein Lieferort der Daten festzustellen. In dieser Situation ist der La-

1479 Vorne § 3B.I.1; § 3B.I.3.

1480 Vorstehend § 12I.VI.2.a)i).

1481 Vgl. MANKOWSKI, Internet, 293 f., der zu Recht betont, dass im Internet Grundkonzept und Struktur nicht nur bei personen-, sondern auch bei handlungsbezogenen Anknüpfungen (vorliegend des IPR) beibehalten werden können.

1482 Bei Internet-Geschäften übernimmt der Anbieter in der Regel als Nebenpflicht den Versand der Sache (Versendungsschuld); ARTER/JÖRG /GNOS 280.

1483 GIRSBERGER, Contracts, 181.

1484 Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-FERRARI, Art. 1 N 38.

1485 Mehr zur Abgrenzung hinten § 12K.

1486 Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER-FERRARI, Art. 1 N 38, der die Entwicklung von Individualsoftware als Dienstleistung (Dienstvertrag nach § 611 BGB ausserhalb des Arbeitsvertrags) einstuft (und deswegen aus dem Anwendungsbereich des CISG ausschliesst; vgl. vorne Fn. 1011).

geort des Computers der Kundin ohne Weiteres als Ort der Möglichkeit zur Erlangung des «unmittelbaren Besitzes» durch die Bestellerin zu bezeichnen.¹⁴⁸⁷ Dies läuft i.d.R. auf den Wohnsitz der Bestellerin hinaus, denn die anfängliche Lieferortsvereinbarung wird oft dahingehend zu verstehen sein. Der *download* ist technisch aber auch an irgendeinem anderen Ort als am Wohnsitz der Bestellerin möglich. Damit kehrt sich die Situation gegenüber der beschriebenen tatsächlichen Lieferung einer Ware oder einer physischen Dienstleistung insofern um, als der tatsächliche Lieferort von der Bestellerin einseitig gesteuert werden kann, und nicht vom Unternehmer.¹⁴⁸⁸ Oft wird der Besteller damit zu rechnen haben, dass ein *download* an einem anderen, ihm unbekanntem Ort stattfindet. Angesichts der rechtlichen Konsequenzen ginge es i.d.R. aber zu weit, dieses Wissen mit einer vertraglichen Zustimmung im Voraus zu einem beliebigen Lieferort gleichzusetzen. In solchen Fällen ist somit i.d.R. eine konkludente Vertragsänderung durch «Akzeptation» erst anzunehmen, wenn der Versender der Daten von diesem Ort erfährt, und sich nicht ausdrücklich dagegen verwahrt hat.¹⁴⁸⁹

3. Abschliessende Bemerkung

Im Verein mit der Konzentration des Gerichtsstands auf der Ebene des Vertrags zieht die vorgeschlagene Verlagerung des Gerichtsstands vom Erfüllungsort i.e.S. zum Lieferort wesentliche Vereinfachungen nach sich, die eine Bezugnahme auf die *lex causae* in vielen Fällen überflüssig machen werden.

Die damit verbundene Verschiebung des Gerichtsstands vom Erfüllungsort i.e.S. zum Lieferort rechtfertigt sich auch aus einer abstrakteren Sicht, welche auf die relevanten Kohärenzen zwischen den materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Wertungen abzustellen sucht.¹⁴⁹⁰ Nicht die Risikoverteilung (Gefahrtragung) auf der Reise des Vertragsgegenstands hat für die Frage der Sach- und Beweisnähe des Gerichtsstands Bedeutung;¹⁴⁹¹ die Versendung von einem «falschen» Erfüllungsort i.e.S. aus an den richtigen Bestimmungsort kann aus dem Gesichtspunkt des Gerichtsstands unberücksichtigt bleiben.¹⁴⁹² Entscheidend ist vielmehr der Ort

1487 Vgl. DUTOIT, Droit international privé, Art. 113 N 6bis, der unter gewissen Umständen von einer «livraison dans l'ordinateur du destinataire» spricht. Vgl. GIRSBERGER, Vertragsgerichtsstand, 91 und BUCHER, compétence, 87 f. Nach dem – gescheiterten – Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr wäre bei Fernabsatzverträgen die Verbindlichkeit des Anbieters am Ort zu erfüllen gewesen, wo der Kunde zur Zeit des Vertragschlusses seinen Wohnsitz hat – was auf dasselbe Prinzip hinausläuft (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 4 E-OR; dazu JÖRG 182 f.).

1488 Vgl. vorne § 12I.V.3.c)ii)a).

1489 Vgl. vorne § 12I.V.3.c)ii)a).

1490 Vorne § 2C.

1491 Vorne § 12I.VI.1.d).

1492 Vorne § 12I.V.3.c)ii)b); vgl. zum CISG vorne § 4B.II.2.

der eigentlichen Zielerreichung des Vertrags,¹⁴⁹³ mithin der Ort, an dem der Besitz- und ggf. das Eigentum am Vertragsobjekt übergehen können.¹⁴⁹⁴

VII. Normativ-autonome Bestimmung

1. Nach gemeineuropäischen materiellen Rechtsprinzipien

Als weitere Möglichkeit ist die Bestimmung des Erfüllungsorts nach *gemeineuropäischen materiellrechtlichen Rechtsprinzipien* zu prüfen.¹⁴⁹⁵ Sie geht von einer rechtsvergleichenden Betrachtung aus, wobei vor allem die PECL, jedoch auch die PICC als Kondensat dieser Rechtsvergleichung herangezogen werden könnten.¹⁴⁹⁶ Eine Hauptbegründung für die Heranziehung der *principles* wird zu Recht darin erblickt, dass autonome, rein verfahrensrechtliche Kriterien fehlen.¹⁴⁹⁷ Auch wenn sich das Konzept am materiellen Recht orientiert, so handelt es sich dabei nicht um ein materiellrechtliches, sondern ein verfahrensrechtliches, denn es sieht keine Anwendung des jeweiligen IPR vor¹⁴⁹⁸ und nimmt keinen Bezug auf geltendes materielles Recht.

Als Beispiel für die Heranziehung autonomer, jedoch materiellrechtlich geprägter Bestimmungsgrundlagen ausserhalb Europa sei das MERCOSUR-Protokoll von Buenos Aires über die internationale Zuständigkeit für Schuldverträge vom 5.8.1994 erwähnt.¹⁴⁹⁹ Zur Festlegung des Erfüllungsortsgerichtsstands wird nicht auf die *lex causae* verwiesen; Art. 8 Abs. 2 dieses Protokolls enthält eine autonome Regelung zur Bestimmung des Erfüllungsorts.¹⁵⁰⁰ Inhaltlich gleicht sie

1493 Vorne § 2C.

1494 Vorne § 3B.I.1; § 3B.I.3. Sollte die Reise des Vertragsobjekts allenfalls weitergehen, so kann aus Gründen der Voraussehbarkeit des Gerichtsstands dennoch nicht auf einen anderen Ort bzw. einen späteren Zeitpunkt abgestellt werden, weil das Vertragsobjekt am vorstehenden Ort in den alleinigen Herrschaftsbereich des Erwerbers übergegangen ist; vorne § 12I.VI.1.b)iii).

1495 Vgl. MAGNUS, UN-Kaufrecht, 48, der die Heranziehung der *principles* ablehnt, weil diese einerseits allein zu materiellrechtlichen Zwecken entwickelt worden seien, jedoch andererseits von den anwendbaren materiellen Rechten abweichen würden.

1496 GSELL 491; vgl. GAUDEMET-TALLON, compétence, 157 f.; vgl. im Ergebnis LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 54; ausdrücklich verworfen von THEISS/BRONNEN 356. Vgl. den Vorschlag der schweizerischen Delegation in den Verhandlungen eines Haager Übereinkommens über die Gerichtsstandsvereinbarung, welche zur materiellrechtlichen Bestimmung des Abschlusses und der Gültigkeit staatsvertragsautonome Regeln vorgeschlagen hatte, die sich an den PICC inspirierten (BUCHER, for, 38 ff.).

1497 GSELL 491; nachstehend § 12I.VII.2.

1498 Vgl. vorne § 10B.III.4.

1499 In Kraft zwischen Argentinien, Brasilien und Paraguay; SAMTLEBEN 33.

1500 Sie lehnt sich inhaltlich an die IPR-Anknüpfung des Montevideo-Vertrags an und bestimmt einen einheitlichen Erfüllungsort innerhalb eines Vertrags, obwohl Art. 8 Abs. 1 des Protokolls davon ausgeht, dass auf die jeweilige der Klage zugrundeliegende Verpflichtung abzustellen ist. Zur diesbezüglichen Widersprüchlichkeit der Regelung SAMTLEBEN 40.

der dispositiven Regelung des Art. 74 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 OR.¹⁵⁰¹ Über den häufigen Fall eines vereinbarten Erfüllungsorts schweigt sich die Normierung aber aus, weshalb deren Handhabung in diesen Fällen denn auch unklar und umstritten ist.¹⁵⁰² Eine autonome Regelung der Erfüllungsortvereinbarung hätte den Rahmen des Protokolls indessen gesprengt.

Die vorgeschlagene Heranziehung der *principles* ist im Licht der EuGH-Entscheidung Tessili zu sehen, die «... angesichts der Unterschiede zwischen den einzelnen nationalen Rechten ...» «... und in Ermangelung jeder Vereinheitlichung des anwendbaren materiellen Rechts *beim gegenwärtigen Stand der Rechtsentwicklung ...*» auf die *lex causae* abstellt.¹⁵⁰³ Inzwischen hat der EuGH diese «Warteposition» für ein autonomes Vorgehen bekräftigt.¹⁵⁰⁴

Welcher «Stand der Rechtsentwicklung» ist für den EuGH ausreichend, um die *principles* heranzuziehen? Mit den PECL und den PICC hat die Rechtsentwicklung auf *wissenschaftlicher Basis* zweifellos entscheidende Fortschritte gemacht. Diese Fortschritte haben indessen noch nicht die Stufe staatlich gesetzten Rechts erreicht. Wie vorne gezeigt, verfügen heute die PECL und die PICC im Bereich der staatlichen Gerichtsbarkeit noch nicht über eine ausreichende Grundlage für eine Geltung, die über ihren Einbezug aufgrund einer materiellen Rechtswahl hinausgehen würde.¹⁵⁰⁵

Die Rechtsentwicklung dürfte indessen bereits mit der Verabschiedung der Verordnung Rom I einen Schritt nach vorne machen, sollte die definitive Fassung der Verordnung die vorliegenden Regelwerke als anwendbares Recht im Sinne einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl vorsehen.¹⁵⁰⁶ Mit der damit verbundenen häufigeren Anwendung würde auch der – heute noch bestehende – Bedarf nach Konkretisierung durch die Rechtsprechung wohl bald gedeckt.¹⁵⁰⁷ Die Schaffung eines europäischen Vertragsgesetzbuches¹⁵⁰⁸ wäre zweifellos ein entscheidender Schritt in der Rechtsentwicklung, der den EuGH spätestens zur Überlegung bringen könnte, dieses Produkt der Rechtsvereinheitlichung als autonomes Verfahrensrecht im Rahmen des Art. 5 Ziff. 1 lit. b EuGVO zu verwenden. Damit bliebe der Rechtsanwenderin der Schritt über das IPR des Forums erspart.

1501 Vgl. SAMTLEBEN 40.

1502 Entweder wird die Regelung im Fall einer Vereinbarung nicht angewandt, oder aber eine Vereinbarung ist zur Bestimmung des Gerichtsstands unbeachtlich (SAMTLEBEN 41), mit den entsprechenden negativen Konsequenzen für die Sach- und Beweisnähe sowie die Voraussehbarkeit (vorne § 10C; § 12I.IV.2.d).

1503 EuGH v. 6. 10. 1976 Tessili, Rs. 12/76, N 14; Hervorhebung durch den Verfasser.

1504 EuGH v. 28. 9. 1999 Concorde, Rs. C-440/97, Nr. 11.

1505 Vorne § 4C.II; § 4C.III; § 4D.V.2.

1506 Vorne § 4C.II; § 4C.III.

1507 Vgl. MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 334.

1508 Vorne § 4D.IV.2.

Dabei gälte es allerdings zu bedenken, dass Nichtmitgliedstaaten der EU möglicherweise von dieser Rechtsentwicklung ausgeschlossen wären, obwohl ihre materiellrechtliche Erfüllungsortsregelung einen gleichberechtigten Anspruch auf Berücksichtigung hätte. Dies ist zwar insofern zu relativieren, als sich heute die inhaltlichen Lösungen der PECL nicht stark von den vorne untersuchten Rechtsordnungen und von den PICC unterscheiden, was den Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Leistung betrifft.¹⁵⁰⁹ Die Ausarbeitung der PECL war aber auf den Kreis von Juristen und Juristinnen aus den EU-Mitgliedstaaten beschränkt;¹⁵¹⁰ soweit vergleichbare Restriktionen in Bezug auf die Weiterentwicklung zu einem europäischen Vertragsgesetzbuch zu erwarten sind, fehlt es auch diesen Regeln insofern an der Legitimation, im Rahmen des rev. LugÜ als staatsvertragsautonomes Recht eingesetzt zu werden (im Gegensatz übrigens zu den PICC, die sich auf eine breitere Basis abstützen können). Dieses Defizit könnte lediglich durch eine Zusammenarbeit mit den Nicht-EU-Staaten beseitigt werden. In einem ersten Schritt wäre anzustreben, dass Wissenschaft und Verwaltungen aus europäischen Nichtmitgliedstaaten der EU bei den vorliegenden Projekten mitwirken können.

Eine fehlende Legitimation der Gemeinschaftsgesetzgebung für die Nichtmitgliedstaaten der EU liesse den Wunsch nach einer Differenzierung zwischen EuGVO und rev. LugÜ aufkommen,¹⁵¹¹ der allerdings auf Kosten des Gebots einer parallelen Auslegung nach Protokoll Nr. 2 rev. LugÜ ginge.¹⁵¹² Im Rahmen der EuGVO wäre eine instrumentsautonome Anwendung sei es der PECL, sei es einer ihrer Weiterentwicklungsstufen bis hin zu einem zukünftigen europäischen Vertragsgesetzbuch, auf die EU-Mitgliedstaaten zu beschränken; die *lex causae* wäre mithin zu berücksichtigen, sobald das IPR des Forums auf das Recht eines Nicht-EU-Mitgliedstaats (inkl. Nichtmitgliedstaaten des LugÜ) verweist. Sollte die Rechtsentwicklung in der EU in einem positivrechtlichen Europäischen Vertragsgesetzbuch münden, so ergäbe sich das beschriebene Resultat ganz von alleine, mit den entsprechenden Erleichterungen für die Rechtsanwendung in-, aber auch ausserhalb der EU.

2. *Nach gemeineuropäischem Verfahrensrecht*

Wie vorne gezeigt, reduziert sich die «*faktisch*»-autonome Bestimmung nach gemeineuropäischem Verfahrensrecht bei näherer Betrachtung auf ein *normativ-teilautonomes* Konzept, das durch eine verfahrensrechtlich motivierte, modifi-

1509 Vorne § 5. Es verbleiben aber die Unterschiede betreffend den Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung, die unter Art. 5 Ziff. 1 lit. a rev. LugÜ/EuGVO nach wie vor zum Zug kommen.

1510 VON BAR/ZIMMERMANN, Teile I und II, XV ff.

1511 Die instrumentsautonome Auslegung ist ein gemeinschaftsrechtlicher Auslegungsgrundsatz, der spezifisch auf die gemeinschaftsrechtliche EuGVO (und nicht auf die LugÜ/rev.LugÜ) ausgerichtet ist; vorne § 12B.I.

1512 Vorne § 12B.II.

zierte Sichtweise des materiellen Rechts gekennzeichnet ist.¹⁵¹³ Eine autonome, genuin verfahrensrechtliche¹⁵¹⁴ Methode möchte hingegen den Gerichtsstand völlig abgekoppelt von materiellrechtlichen Kriterien bestimmen, die vom EuGH zu entwickeln bzw. aus dem Gemeinschaftsrecht zu destillieren wären.¹⁵¹⁵ Entsprechende Kriterien, auf die sich der EuGH stützen könnte, werden allerdings nicht angeführt und sind denn auch nicht in Sicht.¹⁵¹⁶ Deren Entwicklung von Grund auf käme einer Neuerfindung des Rades gleich,¹⁵¹⁷ weshalb dieser Weg entschieden abzulehnen ist.

J. Vergleichende Beurteilung der Konzepte

I. Einleitende Bemerkung

Nachfolgend werden die vorne dargestellten Methoden der Erfüllungsortsbestimmung unter verschiedenen Auslegungsperspektiven¹⁵¹⁸ – teils rekapitulierend – nebeneinandergestellt. Damit wird die Beurteilung, welche Bestimmungsmethode zu bevorzugen ist, erleichtert.

II. Grammatikalische Beurteilung

1. Bedeutung

Der Wortlaut als «Auslegungsmittel» steht für das rev. LugÜ als völkerrechtlicher Vertrag im Vordergrund, ist aber selbstverständlich auch für die EuGVO als sekundäres Gemeinschaftsrecht als Ausgangspunkt massgeblich.¹⁵¹⁹

2. Faktische oder normative Bestimmung des Gerichtsstands?

Die Textelemente in lit. b «... Ort ..., an dem die Waren ... geliefert worden sind oder hätten geliefert werden müssen ...» sowie «... Ort ..., an dem die Dienstleistungen ... erbracht worden sind oder hätten werden müssen;...» lehnen sich eng an die Formulierung der EuGVÜ/LugÜ sowie der Art. 5 Ziff. 1 lit. a rev. LugÜ/EuGVO an. Sie enthalten sowohl ein faktisches («... worden sind ...») und ein normatives Element («... hätten ... werden müssen ...»). Somit wird eine diesbezügliche Änderung der Auslegung gegenüber dem bisherigen Recht vom Wortlaut

1513 Vorne § 12I.V.3.e).

1514 BAJONS 55.

1515 So ausdrücklich gefordert von THEISS/BRONNEN 356; vgl. auch BAJONS 55.

1516 KLEMM 82, MARKUS, Hauptpunkte, 213; vgl. SCHLOSSER, Art. 5 N 10a.

1517 MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 326.

1518 Vorne § 12B.I.

1519 Vorne § 12B.I.

nicht präjudiziert.¹⁵²⁰ Im Gegenteil impliziert dieser Wortlaut sogar eher, dass die bisherige Rechtsprechung des EuGH Tessili aufrechterhalten werden soll.¹⁵²¹

Das Textelement «nach dem Vertrag» in lit. b steht in engster Beziehung mit der Bestimmung des Erfüllungsorts bei den Warenkauf- und den Dienstleistungsverträgen. Die Bezugnahme auf den Vertrag weist deutlich in die Richtung einer normativen Bestimmung des Erfüllungsorts und gegen eine faktische Bestimmung.¹⁵²² Analoges gilt für den Vorbehalt der «anderweitigen Vereinbarung», die einen rein «faktischen» Erfüllungsort begriffsnotwendig ausschliesst.¹⁵²³

Beide Textelemente weisen im Übrigen deutlich darauf hin, dass vertragliche Vereinbarungen des Erfüllungsorts Vorrang vor einer Bestimmung nach objektiven Kriterien geniessen.¹⁵²⁴

3. Traditionelles Erfüllungsorts- oder Lieferortsprinzip?

In der Literatur wird zu Recht eine auffällige Anlehnung des Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO an Art. 46 erste Aufzählung nCPC/F festgestellt.¹⁵²⁵ Die

1520 JAMETTI GREINER, Revision, 1138; MARKUS, Hauptpunkte, 213; FURRER/SCHRAMM, Zuständigkeitsprobleme, 113.

1521 Vgl. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI Rz. 15 (im Ergebnis aber die Tessili-Rechtsprechung ablehnend).

1522 Vgl. GSELL 487; CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 27; ELTZSCHIG 495; KLEMM 71 ff.; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI Rz. 15; ARTER/JÖRG/GNOS 90; «vertragsgemässe Erfüllung» als Rechtsbegriff, nicht als Tatsache: GIRSBERGER, Vertragsgerichtsstand, 90; vgl. BUCHER, compétence, 85. Entgegen dieser Analyse wird in der Literatur versucht, die Bezugnahme auf den Vertrag als «faktisches Merkmal» zu lesen. Dieser Versuch ist exemplarisch für die logischen Schwierigkeiten, mit denen faktische Konzepte zu ringen haben. Die in der Folge wiedergegebene Begründung kehrt sich denn letztlich auch in die Begründung eines normativen Konzepts:

«Auf den ersten Blick verwirrend scheint die Formulierung «nach dem Vertrag». Bedeutet dies, dass der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag letztlich zum Einfallstor für materielles Recht werden kann, obwohl doch der Lieferort (...) autonom ermittelt werden soll? Der Widerspruch lässt sich dadurch auflösen, dass man die Worte «nach dem Vertrag» als *faktisches Merkmal* liest: Aus dem Vertrag müssen sich Orte ergeben, die die Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 1 EuGVO begründen können, andernfalls läuft die Vorschrift leer. Freilich hat die Massgeblichkeit des Vertrags auch zur Folge, dass die blossе Übersendung der Ware an einen Ort ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung oder die Übersendung der Ware an einen anderen als den vertraglich vereinbarten Ort keine Zuständigkeit des forum contractus an diesem Ort begründen kann. Nimmt allerdings der Käufer die Ware dort an, so ist darin die konkludente Vereinbarung der Parteien zu sehen, dass der Ort der Entgegennahme «nach dem Vertrag» Bestimmungsort der Ware sein soll. Die Formulierung «nach dem Vertrag» stellt damit sicher, dass der Verkäufer nicht einseitig das forum contractus bestimmen kann.» (HAGER/BENTELE 74.; Hervorhebung durch den Verfasser).

1523 Vorne § 12.IV.1.

1524 Öst. OGH v. 16. 12. 2003, Rs. 4 Ob 147/03a. Eine weitere Interpretation versteht die Formel dahin, dass lit. a statt lit. b anzuwenden sei (mit demselben Ergebnis des Vorrangs der Vereinbarung): BGH v. 1. 6. 2005, Rs. VIII ZR 256/04 (= IPRax 6/2006, 594 ff.) E II. 3.; vgl. hinten § 12K.I.

1525 CZERNICH, Erfüllunggerichtsstand, 338; vgl. vorne § 10D. Der Wortlaut der lit. b war denn auch von einem französischen Vorschlag in den Verhandlungen beeinflusst worden (Sitzungsdokument des Rates v. 1. 7. 1998, Nr. 16).

Anlehnung ist v.a. interessant, was die Formulierung der Anknüpfung betrifft: «livraison», «livrée». Art. 46 nCPC/F und Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev.LugÜ/EuGVO sprechen alle vom Lieferort, nicht vom Erfüllungsort, was deutlich für das Lieferortsprinzip spricht. Der nCPC/F enthält im Gegensatz zu den beiden europäischen Vorlagen jedoch einzig das faktische Element «livraison effective». Umso mehr ist hervorzuheben, dass die Bestimmung mindestens in der Situation vor der Erfüllung von der Cour de cassation auch im Sinne einer normativen Anknüpfung verwendet wird.¹⁵²⁶

Immerhin festzustellen ist der unterschiedliche Wortlaut des rev. LugÜ/EuGVO, was die Dienstleistungsverträge betrifft. Bei «Erbringung» von Dienstleistungen in rev. LugÜ/EuGVO bzw. «exécution de la prestation de service» in nCPC/F handelt es sich um «neutrale» Begriffe, die weder in die Richtung eines klassischen Erfüllungsorts- noch eines Lieferortskonzepts weisen. Eine neutrale Formulierung ist denn auch notwendig, weil Dienstleistungsverträge als charakteristische Verpflichtungen sowohl blosse Tätigkeitsverpflichtungen wie auch Erfolgsverpflichtungen vorsehen können.¹⁵²⁷ Somit kann aus dem Unterschied zur Formulierung betreffend Warenkaufverträge nicht etwa abgeleitet werden, dass Dienstleistungsverträge aus einem Lieferortskonzept ausgeschlossen wären. Die Begriffe der «Lieferung» bzw. «livraison» strahlen vielmehr über die Kategorie der Warenverkaufsverträge hinaus.

Ein Unterschied ergibt sich im Übrigen in den englischen und französischen Texten der Haager Entwürfe, die von «supply of goods» sprechen statt von «delivered» respektive von «fournis» statt von «livrés». Insofern konsequent spricht die jeweilige lit. c dieser Erfüllungsortsbestimmungen jeweils denn auch von «Erfüllung» im eigentlichen Wortsinn.¹⁵²⁸ Aus diesen Unterschieden könnte – vorsichtig und lediglich unter grammatikalischem Aspekt – abgeleitet werden, dass die Haager Übereinkommen einem Erfüllungsortskonzept i.e.S. folgen, und nicht einem Lieferortskonzept.

III. Historische Beurteilung

Hierzu sei auf die allgemeinen Ausführungen zur Revision sowie die historischen Betrachtungen im Zusammenhang mit der Konzentration des Gerichtsstands und der Bestimmung des Erfüllungsorts verwiesen.¹⁵²⁹

1526 Vorne § 10D.

1527 Vorne § 3B.I.

1528 Vorne § 11C; § 11D.I.

1529 Vorne § 12C; § 12H.II; § 12I.II.

IV. Teleologische Beurteilung

1. *Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit des Gerichtsstands*

a) *Ausgangslage*

Anlässlich der «Verteidigung» der Tessili- und der De Bloos-Rechtsprechung gegen die kritischen Angriffe in der Literatur stellt die EuGH-Entscheidung *Custom Made*¹⁵³⁰ Rechtssicherheit und Berechenbarkeit des Vertragsgerichtsstands gegenüber der Sach- und Beweisnähe in den Vordergrund. Die vorrangige Bedeutung der ersteren Prinzipien wird vom EuGH auch unter der EuGVO hervorgehoben.¹⁵³¹ In dieser Deutlichkeit mag die Güterabwägung zwar Ansätze für Kritik bieten,¹⁵³² das soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Rechtssicherheit im internationalen Verfahrensrecht allgemein und vermehrt noch für den Vertragsgerichtsstand ein erhebliches Postulat ist, denn dem Kläger soll eine berechenbare Alternative zum wandelbaren Wohnsitzgerichtsstand zur Verfügung stehen.¹⁵³³ Deswegen sind neue Lösungen unter diesem Aspekt besonders genau zu prüfen.¹⁵³⁴

b) *«Faktische» Ansätze*

Was das Denk-Modell des *Lageorts* betrifft, so scheidet dieses wegen der Manipulationsmöglichkeiten beider Parteien ohne Weiteres aus.¹⁵³⁵ Zwar ist eine unilaterale «Bestimmung» des Gerichtsstands dem System der EuGVO nicht völlig unbekannt: Gedacht sei an die deliktischen Gerichtsstände des Handlungs- und Erfolgsorts nach Art. 5 Ziff. 3 rev. LugÜ/EuGVO. Der entscheidende Unterschied zum Vertragsgerichtsstand liegt aber darin, dass der Urheber der unerlaubten Handlung vor seiner gerichtsstandsbestimmenden Aktivität i.d.R. in keinem Rechtsverhältnis zum Geschädigten stand, während im Vertragsrecht spätestens mit dem Abschluss des Vertrags Parteierwartungen begründet werden, die zu respektieren sind.¹⁵³⁶

1530 EuGH v. 29.6.1994 EuGH v. 29.6.1994 *Custom Made Commercial*, Rs. 288/92, N 18 ff.; GSELL 488; GA BOT, Nr. 72.

1531 EuGH v. 3.5.2007 *Color Drack*, Rs. C-386/05, N 19.

1532 VOLKEN, Rechtsprechung, 297 f.

1533 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 6.

1534 Vgl. Erwägungen Nr. 2 und 11 zur EuGVO; vgl. ferner EuGH v. 20.1.1994 *Owens Bank*, Rs. C-129/92, N 32 und GA LENZ Nr. 45.

1535 Vorne § 12B.I; § 12I.V.2.

1536 Im Rahmen der Möglichkeiten strebt im Übrigen auch das deliktische Zuständigkeitsrecht nach optimaler Voraussehbarkeit. Spätestens im Moment der Entstehung des deliktischen Rechtsverhältnisses wird i.d.R. auch der deliktische Gerichtsstand am Handlungsort fixiert; vgl. LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 87. Und zur Bestimmung des Erfolgsorts ist bei Vermögensdelikten auf einen frühen Zeitpunkt abzustellen; Zufälligkeiten der Vermögensdisposition des Geschädigten sollen dadurch möglichst eliminiert werden; GIRSBERGER, Erfolgsort, 231 f. Bei der negativen

Es ist Ziel aller faktischen Denkansätze, den Aufwand zur Beurteilung des Gerichtsstandes klein zu halten oder ganz zu vermeiden. Anstelle der rechtlichen Beurteilung tritt damit die tatsächliche, d.h. es ist z.B. nachzuforschen, ob der Beklagte den Kaufgegenstand an Ort X verbracht hat oder an den Ort Y. Besteht darüber Streit, so wird im Stadium der Prüfung der Prozessvoraussetzungen unvermeidlich ein Beweisverfahren ausgelöst¹⁵³⁷ – ein Umstand, den es aus Gründen der Effizienz zu vermeiden gälte. Die Zuflucht zur – zuweilen hilfreichen – Methode der doppelrelevanten Tatsachen ist verbaut, weil die vorliegende faktische Beurteilung von der materiellrechtlichen Beurteilung des Streites abgekoppelt ist.¹⁵³⁸ Im Übrigen ist m.E. nicht selten zu beobachten, dass die Lösung einer umstrittenen Rechtsfrage sogar effizienter zu bewerkstelligen ist als die Lösung einer umstrittenen Tatsachenfrage.

Ein Defizit an Rechtssicherheit ergibt sich im Übrigen beim faktischen Ansatz daraus, dass eine Betrachtung des Vertragsgerichtsstands als bloße Sachverhaltsfrage zur Folge hätte, dass die Bestimmung des Gerichtsstands der Kognition der obersten Gerichte, die im Wesentlichen auf Rechtsfragen beschränkt ist, entzogen wäre.¹⁵³⁹

c) *Normative Lösungen*

i) *Abgrenzungsfragen*

Die rechtliche Unsicherheit wächst entscheidend Qualität und Zahl der zu lösenden Abgrenzungsprobleme.

Rein verfahrensrechtliche, autonome Konzepte weisen den grundsätzlichen Vorteil auf, dass sie bei der Verfahrensrechtsanwendung Reibungsflächen zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht vermeiden. Das Zusammenspiel einer Erfüllungsortsbestimmung *lege causae* mit den instrumentsautonom qualifizierten Begriffen des «Vertrags» oder der «Ansprüche aus einem Vertrag» birgt dagegen potenziell Schwierigkeiten¹⁵⁴⁰ – wenngleich diese die Praxis bis anhin noch nicht allzu sehr belastet zu haben scheinen.

«*Faktische*» *Erfüllungskonzepte*, die sich der vorne hergeleiteten «gemischten Methode»¹⁵⁴¹ bedienen, sind demgegenüber anfällig für Abgrenzungsschwierig-

Feststellungsklage im deliktischen Bereich kann zwar auch der Schädiger grundsätzlich zwischen dem – ggf. von ihm bestimmten – Handlungs- und dem Erfolgsort auswählen (BGE 133 III 282, E 4.1; BGE 125 III 346). Der Gerichtsstand des Handlungsorts steht ihm aber nur unter qualifizierten Umständen zur Verfügung; damit soll verhindert werden, dass er durch geschickte Planung der Tat den Gerichtsstand zu seinen Gunsten manipulieren könnte (BGE 133 III 282, E 4.5.).

1537 Vgl. VALLONI 297.

1538 Vgl. vorne § 10B.III.4.

1539 Vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 BGG.

1540 WALTER, IZPR, 194f.; BAJONS 17; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 41.

1541 Vorne § 12I.V.3.e).

keiten zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht. So kann sich z.B. die heikle Abgrenzung zwischen konkludent vereinbartem und objektiv bestimmtem Erfüllungsort nach § 269 BGB entscheidend auf den Gerichtsstand auswirken.¹⁵⁴²

Das unbewegliche Lieferortskonzept hat den Vorteil, dass die bisherige Abgrenzung zur abstrakten, rein prozessual ausgerichteten Erfüllungsortsvereinbarung¹⁵⁴³ entfällt. Auch bei der diesbezüglich problematischen Versandungsschuld wird vor und nach der Erfüllung auf einen Lieferort abgestellt, der notwendigerweise einen engen Bezug zur – vereinbarten oder aktuellen – Vertragswirklichkeit aufweist. Denn für die Parteien hat der Ort des Übergangs des unmittelbaren Besitzes¹⁵⁴⁴ und ggf. des Eigentums am Leistungsgegenstand regelmässig eine reale Bedeutung.

Das unbewegliche Lieferortskonzept hat gegenüber dem beweglichen Konzept schliesslich den Vorteil, dass die nicht immer einfache Abgrenzung zwischen den Situationen vor der Erfüllung und nach der Erfüllung überflüssig ist.¹⁵⁴⁵

ii) Koordination über das IPR

Was die *Effizienz* der Beantwortung einer Rechtsfrage betrifft, so stehen autonome Lösungen offensichtlich im Vordergrund, weil der Normzugriff einfacher ist als bei *lex causae*-Methoden.¹⁵⁴⁶

Das Vorgehen über die *lex causae* hat zudem den verfahrenswirtschaftlichen Nachteil, dass die Koordination über das IPR nicht vollkommen ist.¹⁵⁴⁷ So bestehen keine Mechanismen zur einheitlichen Auslegung zwischen EVÜ und den IPR-Gesetzen der EU-Nichtmitgliedstaaten. Art. 117 IPRG und Art. 4 EVÜ stimmen inhaltlich weitgehend überein.¹⁵⁴⁸

Eine methodische Unkorrektheit im Sinne eines eigentlichen Zirkelschlusses ist in dieser Methode allerdings nicht zu erblicken. Die Besonderheit dieser Bestimmung besteht lediglich darin, dass sich das Gericht auf eine Stufe der materiellen Rechtsanwendung begeben muss, um die prozessuale Frage der Zuständigkeit zu beantworten. Diese Frage kann mit der Berücksichtigung doppelrelevanter Tatsachen im Stadium der materiellen Prüfung oft – wenn auch nicht immer – vereinfachend gelöst werden.¹⁵⁴⁹

1542 Vorne § 3C.II.2.b); § 12I.V.3.e)ii).

1543 EuGH v. 20.2.1997 MSG Mainschiffahrt-Genossenschaft, Rs. 106/95; vorne § 12I.IV.3.b).

1544 Vorne Fn. 1302.

1545 KOHLER, Revision, 15; vorne § 12I.V.3.c)iii).

1546 Zur Kritik an der Heranziehung der *lex causae* vorne § 12C.V; vgl. GA BOT, Nr. 63 ff.

1547 Vgl. DONZALLAZ, N 4816 ff. Vgl. die Bemerkungen von THEISS/BRONNEN 356 und LEIPOLD 436.

1548 Vorne § 9.

1549 Vorne § 10B.III.4.

iii) Divergenzen in den materiellen Rechtsordnungen

Fallen die IPR-Beurteilungen in verschiedenen europäischen Gerichtsstaaten ausnahmsweise unterschiedlich aus, so kommen für gleichgelagerte Fälle unterschiedliche Rechtsordnungen zum Tragen. Gehen die Regelungen des Erfüllungsorts in diesen Rechtsordnungen oder Staatsverträgen inhaltlich auseinander, so kann dies zu negativen oder positiven Kompetenzkonflikten zwischen den angerufenen Gerichtsstaaten führen.¹⁵⁵⁰ Diese zweifellos ernst zu nehmende Problematik ist aber im Grunde nicht als Beeinträchtigung der Vorausssehbarkeit zu sehen,¹⁵⁵¹ sondern erfordert – nur aber immerhin – einen erhöhten Aufwand zur Abschätzung der Gerichtsstandssituation, zumal die Parteien verschiedene Zuständigkeits-hypothesen anhand der *lex causae* durchspielen müssen.

Im Kern unterscheiden sich die Rechtsordnungen bei der *Entstehung der Erfüllungsortvereinbarung* nicht (Konsensfordernis; Möglichkeit konkludenter Vereinbarungen). Im Zusammenhang mit abweichenden kaufmännischen Bestätigungsschreiben sind allerdings Unterschiede mit praktischer Relevanz auszumachen, welche auf die Bestimmung des Vertragsgerichtsstands durchschlagen können. So sticht die Unbeachtlichkeit abweichender kaufmännischer Bestätigungsschreiben nach dem CISG aus den übrigen Lösungen hervor.¹⁵⁵² Bei den AGB bestehen zwar Differenzen zwischen den untersuchten Regelungen sowohl bei den Voraussetzungen des Einbezugs wie der Möglichkeit der Kenntnisnahme und der Inhaltskontrolle; letztere Differenzen erlangen aber im insofern unkritischen Bereich der Erfüllungsortvereinbarungen keine grosse Bedeutung.¹⁵⁵³ Die umstrittene Relevanz kaufmännischer Lieferklauseln (z.B. INCOTERMS) für den Erfüllungsort spielt allein noch im Zusammenhang mit der traditionellen Bestimmung eines Erfüllungsorts i.e.S. eine Rolle, während diese Differenzen bei der Lieferortsmethode überbrückt werden.¹⁵⁵⁴

Was die inhaltliche Ausgestaltung des Erfüllungsorts im dispositiven Recht betrifft, so bestehen beim Erfüllungsort der *charakteristischen Verpflichtung* – anders als beim Zahlungsort – keine ausgeprägten Differenzen in den untersuchten materiellen Rechten, wobei sogar bei unterschiedlichem Wortlaut der Gesetze eine Annäherung in der Praxis zu beobachten ist.¹⁵⁵⁵ Soweit auf einen vom Erfüllungsort gesonderten materiellrechtlichen Erfolgsort (Erfüllungsort i.w.S.; Lieferort) abgestellt wird, an dem die Besitzes- und ggf. Eigentumsübertragung erfolgen

1550 Vorne § 6.

1551 NEWTON 123.

1552 Vorne § 4B.III.

1553 Vorne § 3B.III.2.g); § 3C.II.2.d); § 3D.III; § 3E; § 4B.II.3.c).

1554 Vorne § 12I.VI.1.c).

1555 Vorne § 1 § 3E; § 4B.III; § 5.

kann,¹⁵⁵⁶ bestehen insofern keine inhaltlichen Differenzen,¹⁵⁵⁷ als dieser Ort nicht dispositivrechtlich bestimmt ist, sondern auf einer Vereinbarung beruht.¹⁵⁵⁸

Somit sind die befürchteten Kompetenzkonflikte im Rahmen des Art. 5 Ziff. 1 lit. b auch bei einer Zugrundelegung der *lex causae* nicht zu erwarten.

iv) Einheit der Rechtsordnung

Was die *Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit* der Lösungen betrifft, so hat der Rückgriff auf das anwendbare materielle Recht gegenüber dem neu zu schöpfenden autonomen Recht den Vorteil, dass auf eine etablierte und entsprechend dichte Rechtsmasse mit Lösungen zurückgegriffen werden kann, die auf einen Fundus von Lehre und Rechtsprechung sowohl im materiellrechtlichen wie im verfahrensrechtlichen Rahmen abgestützt sind.

Indem der Vertragsgerichtsstand auf eine bestehende materiellrechtliche Kategorie zurückgreift, unterscheidet er sich insbesondere gegenüber dem Deliktsgerichtsstand. Handlungs- und Erfolgsort im Sinne des Art. 5 Ziff. 3 rev. LugÜ/EuGVO¹⁵⁵⁹ treten nur kollisionsrechtlich in Erscheinung – eine davon unabhängige materiellrechtliche Bedeutung dieser Orte ist nicht auszumachen. So erstaunt es denn auch nicht, dass diese Anknüpfungen in rev. LugÜ/EuGVO nach instrumentsautonomen Kriterien zu bestimmen sind.¹⁵⁶⁰

Wo aber dieselbe rechtliche Kategorie im materiellen und im Verfahrensrecht gleichermassen eine Rolle spielt,¹⁵⁶¹ und die beiden Rechtsbereichen zugrundeliegenden Wertungen übereinstimmen,¹⁵⁶² ist die Harmonie der Lösungen ein generelles Anliegen der Rechtssicherheit und Berechenbarkeit. Die Forderung nach der «Einheit der Rechtsordnung»¹⁵⁶³ ist im vorliegenden Zusammenhang zwar als unwesentlich bezeichnet worden,¹⁵⁶⁴ allerdings jeweils ohne weitere Begründung. Wird ein und dieselbe juristische Kategorie des «Erfüllungsorts», «Erfolgsorts» oder «Lieferorts» im formellen Recht grundlegend anders verstanden als im materiellen Recht, so schafft dies Verständnis- und Anwendungsprobleme bei den

1556 Vorne § 3B.I.1; § 3B.I.3.

1557 Als Unterschied sei das französische Konsensualprinzip vermerkt, wonach das Eigentum nicht erst durch Tradition, sondern bereits durch Vertragsschluss auf den Erwerber übergehen kann (vorne § 3D.I). Dieser Unterschied spielt aber für die vorliegenden Zwecke keine Rolle, zumal lediglich auf den Übergang des Besitzesübergangs abgestellt werden kann, ähnlich wie bei bestimmten Formen des Werkvertrags (vorne § 3B.I.1).

1558 Vorne § 12I.VI.1.c)i).

1559 EuGH v. 30.11.1976 Bier, Rs. 21/76.

1560 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 86a.

1561 Vgl. Definitionen der Art. 20 f. IPRG; Art. 52 f. LugÜ; Art. 22 Ziff. 2 rev. LugÜ/EuGVO.

1562 Vorne § 2C; § 12I.VI.3.

1563 Vgl. NAGEL/GOTTWALD 176 f.; dieses Postulat bejahend BGE 132 III 49 E 2.2 im Verhältnis zwischen kantonalem öffentlichem Baurecht und Bundeszivilrecht.

1564 Vgl. LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 40; SCHACK, Erfüllungsort, N 334.

Rechtsanwenderinnen. Somit ist auch im vorliegenden Zusammenhang das Postulat nach «Einheit der Rechtsordnung» zu berücksichtigen.

Diese Forderung bestätigt sich auf konkreter Ebene: Wird die Frage der materiellrechtlichen Gültigkeit der Erfüllungsortsvereinbarung bei der Gerichtsstandsbestimmung nicht geprüft, so resultieren daraus letztlich weit erheblichere Abstriche bei der Voraussehbarkeit des Gerichtsstands, als dies bei einer Berücksichtigung dieser Frage der Fall wäre.¹⁵⁶⁵

2. Sach-, Beweis- und Rechtsnähe

a) Ausgangslage

Das Anliegen der Sach- und Beweisnähe ist eine wichtige Zielsetzung des Vertragsgerichtsstands;¹⁵⁶⁶ es steht im Dienst einer effizienten Rechtspflege (Verfahrensökonomie). Das Anliegen ist gleichzeitig aus mehrfacher Sicht zu relativieren. Soweit es im Spannungsfeld mit der Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit des Vertragsgerichtsstands steht, gehen letztere Aspekte vor.¹⁵⁶⁷ So kommt ein *rein faktisches Konzept* (Lageort-Konzept als Denkmodell) dem Anliegen der Sach- und Beweisnähe zweifellos am nächsten, ist indessen wegen mangelnder Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit im Vorhinein abzulehnen.¹⁵⁶⁸

Damit verbleiben das traditionelle Erfüllungsortskonzept, das bewegliche sowie das unbewegliche Lieferortskonzept gegeneinander abzuwägen.

Sind Abschluss, Bestand oder Inhalt des Vertrags bzw. der eingeklagten Leistungspflicht Streitgegenstand, so kann der Erfüllungsort *a priori* keine besondere Nähe zum Streitgegenstand bieten.¹⁵⁶⁹ Der Vertragsgerichtsstand ist auf den Streit wegen Erfüllungsstörungen ausgerichtet, welcher nach erfolgten Erfüllungshandlungen stattfindet.¹⁵⁷⁰ Aber auch hier ist diese Nähe zum Streitgegenstand nicht ohne Schematisierung zu erreichen. Erwähnt sei die mögliche Versendung oder Weiterveräußerung des Kaufgegenstands durch den Käufer nach Übernahme.¹⁵⁷¹

Beispiel: Eine Münchener Firma verkauft einer römischen Käuferin Waren, die in der deutschen Fabrik der Verkäuferin hergestellt werden, und verspricht Versendung der Waren an den Bahnhof Zürich, wo die Ware von der Käuferin übernommen wird.

Je nach Bestimmungsmethode liegt der Gerichtsstand in München (Erfüllungsort i.e.S.) oder in Zürich (Lieferort). Die Sach- und Beweisnähe nach Erfüllung kann

1565 Vorne § 12I.IV.2.d).

1566 JENARD 35; GA LENZ, Nr. 29; EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, N 22; EuGH v. 6.10.1976 Tessili, Rs. 12/76, Nr. 13.

1567 EuGH v. 29.6.1994 Custom Made Commercial, Rs. 288/92, N 18 ff.; GSELL 488; GA BOT, 72.

1568 Vorne § 12I.V.2; § 12J.IV.1.b).

1569 LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 8 (abgesehen vom «reinen» Lageortkonzept); vorne § 2B.

1570 Vgl. GA BOT, Nr. 93.

1571 GSELL 489.

aber mit keiner von beiden Methoden gewährleistet werden, weil sich die Ware zum Zeitpunkt des Streites wahrscheinlich in den alleinigen Händen der Käuferin – in Italien – befinden wird.¹⁵⁷² Als Erfüllungsort kann aber ein Ort (vorliegend ggf. die Stadt Rom) nicht in Frage kommen, die im alleinigen Manipulationsbereich einer Partei liegt, zumal Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit des Gerichtsstandes damit verunmöglicht würden.¹⁵⁷³

Somit sind bloss Annäherungen an das Ziel der Sach- und Beweisnähe möglich. Mit der (teilweisen) Abschaffung der EuGH-Rechtsprechung De Bloos¹⁵⁷⁴ wird aber bereits eine bessere Annäherung erreicht, weil sich der Streit oft um Erfüllungsstörungen bei der Erfüllung der charakteristischen Verpflichtung dreht, welche die eigentlich *umstrittene* Verpflichtung darstellt.¹⁵⁷⁵ In diesem Rahmen sind die Konzepte miteinander zu vergleichen.

b) Sach- und Beweisnähe

Bei einer *Bringschuld* stehen die vorliegenden Methoden grundsätzlich im Kompromiss mit der Sach- und Beweisnähe *vor der Erfüllung*, bei einer *Holschuld nach der Erfüllung*.

Bei einer *Versendungsschuld* hat eine Bestimmung des Erfüllungsorts nach der Methode des *beweglichen Lieferorts* wegen ihrer Flexibilität den Vorteil einer guten Annäherung an das Anliegen. Vor der Erfüllung liegt der Gerichtsstand tendenziell beim Sachschuldner oder bei der Sache und reist *mit der Erfüllung* bis zum Ort, an dem die Gläubigerin die Möglichkeit zur Inbesitznahme des Vertragsobjekts hat.

Das *unbewegliche Lieferortskonzept* ist auf die Erfüllung ausgerichtet; es geht vorwiegend Kompromisse mit der Lage *vor der Erfüllung* ein, sofern eine *Versendungsschuld* oder eine *Bringschuld* vorliegen.

Das *traditionelle Erfüllungsortskonzept* geht dagegen vorwiegend Kompromisse mit der Situation *nach der Erfüllung* ein, sofern eine *Versendungsschuld* oder eine *Holschuld* vorliegen.

Werden Streitigkeiten betreffend die Gültigkeit des Vertrags einmal ausgeblendet, so ist davon auszugehen, dass Streitigkeiten nach (auch teilweiser bzw. nicht gehörig erfolgter) Erfüllung häufiger sind als solche vor der Erfüllung.¹⁵⁷⁶ Dem Bestimmungsort der Lieferung wird deshalb im Allgemeinen die grössere Sachnähe zugestanden als demjenigen des Absendeorts.¹⁵⁷⁷

1572 Vgl. vorne § 12I.V.3.d) § 12I.V.3.e); § 12I.VI.1.b).

1573 Vorne § 12I.V.3.d); § 12I.VI.1.b)iii).

1574 EuGH v. 6. 10. 1976 De Bloos, Rs. 14/76; vorne § 12H.III.3.

1575 GA LENZ, Nr. 72; vorne § 12H.III.3

1576 Vgl. GA LENZ, Nr. 72; KROPHOLLER, Art. 5 N 46, m.w.H.

1577 GA LENZ, Nr. 80

Damit bietet nach dem beweglichen «faktischen» Erfüllungskonzept das unbewegliche Lieferortskonzept ebenfalls eine gute Sach- und Beweisnähe.

c) *Rechtsnähe*

Betreffend das Kriterium der *Rechtsnähe* ist vorzuschicken, dass der «Gleichlauf» von *ius* und *forum* kein selbständig zu verfolgendes Prinzip ist. Es besteht grundsätzlich kein Bedürfnis, den Richter oder die Parteien vor der ausländischen Rechtsanwendung zu schützen.¹⁵⁷⁸

Nicht abzustreiten ist hingegen, dass ein Gleichlauf der Anknüpfungswertungen für die Zuständigkeit und für das anwendbare Recht vereinfachende Effekte haben können.¹⁵⁷⁹ Die Rechtsnähe ist demnach ein valables Nebenargument.¹⁵⁸⁰

Wird der traditionelle Erfüllungsort der charakteristischen Leistung nach *lex causae* bestimmt, so kann sich ein Parallelismus verhältnismässig oft ergeben. Der objektiv bestimmte Erfüllungsort i.e.S. fällt häufig mit demjenigen des Sitzes des Schuldners der charakteristischen Leistung zusammen, der seinerseits für die objektive Bestimmung des anwendbaren Rechts nach Art. 117 IPRG massgeblich ist.¹⁵⁸¹ Der Erfüllungsort stellt auch häufig den engsten Zusammenhang im Sinne des Art. 117 Abs. 1 IPRG dar, wenn es die Vermutung der Abs. 2 und 3 dieser Bestimmung zu durchbrechen gilt.¹⁵⁸²

Was das Argument der Rechtsnähe betrifft, so ist daher die traditionelle Erfüllungsortsbestimmung nach *lex causae* überlegen, sobald sie sich im Rahmen des Art. 5 Ziff. 1 lit. b mit der Konzentration bei der charakteristischen Verpflichtung verbindet.

3. *Interesse der Parteien*

Im Unterschied zu den Regelungen über den Arbeits-, Konsumenten- und Versicherungsvertrag¹⁵⁸³ steht hinter dem Erfüllungsortsgerichtsstand kein kategorischer Schutzgedanke des Gesetzgebers zu Gunsten einer Partei.¹⁵⁸⁴ Das bedeutet, dass die Interessen beider Parteien *a priori* gleichmässig zu gewichten sind.¹⁵⁸⁵

1578 Vgl. LEHNER 7f.; VISCHER, Verhältnis von internationaler Zuständigkeit und Kollisionsrecht, 358 f.

1579 Vgl. VISCHER, Verhältnis von internationaler Zuständigkeit und Kollisionsrecht, 365.

1580 Für Autoren, die ein Bedürfnis nach Harmonie zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht bereits im Ansatz verneinen, mag allerdings auch der Aspekt der Rechtsnähe keine Rolle spielen (SCHACK, Erfüllungsort, N 334).

1581 SCHWANDER, Erfüllungsort, 692; FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM 43; vgl. RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 215; RODRIGUEZ, Revision, Rz. 44; ausführlich TAKAHASHI 547 ff.; zweifelnd GSELL 491; vorne § 7A.III; § 8.

1582 Vgl. SCHWANDER, Erfüllungsort, 688.

1583 Zu Abgrenzungsfragen vorne § 12D; § 12F.

1584 Vgl. ELTZSCHIG 492 f.

1585 RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 98 f.; 172.

Lösungen des Verfahrensrechts, die eine Vertragspartei oder eine Parteirolle im Verfahren kategorisch bevorzugen, sind in diesem Rahmen nicht hinzunehmen; die unterschiedliche Behandlung einer Vertragspartei oder ein potientielles Ungleichgewicht zwischen Kläger und Beklagtem kann mithin allein durch ein zusätzlich *hinzutretendes, objektives Element* wie die *Nähe zum Streitgegenstand* gerechtfertigt werden.¹⁵⁸⁶ Im Rahmen des *Vertragsgerichtsstands* liegt die Sach- und Beweisnähe im gemeinsamen Interesse der Parteien,¹⁵⁸⁷ ebenso wie das Interesse an Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit dieses Gerichtsstands.

Dabei ist der *Interessenausgleich* zwischen dem Kläger und dem Beklagten *im gesamten Gerichtsstandssystem* ein mit zu berücksichtigender Aspekt. Dieser Aspekt spielt bei Wahlgerichtsständen eine Rolle, wie sie der Klägerin bei Art. 5 Ziff. 1 rev. LugÜ/EuGVO gegenüber dem Beklagtengerichtsstand des Art. 2 LugÜ/EuGVO zur Verfügung stehen.¹⁵⁸⁸ Im vorliegenden System kommt dem Vertragsgerichtsstand die Funktion zu, zu Gunsten des Klägers ein sachbezogenes Gegengewicht zum beklagtenbezogenen *forum rei* zu schaffen.¹⁵⁸⁹

Wie vorne erwähnt, geht die berechtigte Kritik an der EuGH-Rechtsprechung De Bloos und Tessili¹⁵⁹⁰ im Wesentlichen dahin, dass sie in vielen Fällen ein *forum actoris* des Verkäufers und Zahlungsgläubigers schafft, ohne dass dieses durch eine besondere Sach- oder Beweisnähe zum Streitgegenstand gerechtfertigt wäre.¹⁵⁹¹ Ohne diesen objektiven Bezug besteht ein Ungleichgewicht innerhalb des Gerichtsstandssystems: Ein deutlicher *favor actoris* steht einem eher «bescheidenen» *favor defensoris* gegenüber.¹⁵⁹²

Das Denk-Konzept des Lageortes schüfe hier zweifellos Abhilfe, ist aber aus Gründen der mangelnden Voraussehbarkeit abzulehnen.¹⁵⁹³ Aber auch die praktisch in Frage kommenden Lösungen verbessern die Situation gegenüber LugÜ/EuGVÜ. Bereits durch die Konzentration des Gerichtsstands bei der charakteristischen Leistung ist die Gefahr eines beziehungslosen Forums bei der Verkäuferin und Zahlungsgläubigerin erheblich vermindert.¹⁵⁹⁴ Das gilt besonders bei den *Lieferortskonzepten*, weil diese beim Versandungskauf zum Käufer (und damit zum Lageort des Vertragsobjekts) hin tendieren.¹⁵⁹⁵ Dieser wird insbesondere die Ge-

1586 Vgl. GSELL 491.

1587 Vorne § 2C. Dabei handelt es sich gleichzeitig um das übergeordnete Interesse der Allgemeinheit an einer effizienten Rechtspflege (BUCHNER 63).

1588 Dazu umfassend RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 96 ff.; 172 ff.

1589 GEHRI 98; KROPHOLLER, Art. 5 N 1; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 8; im Ergebnis kritisch RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 172 ff.

1590 EuGH v. 6. 10. 1976 De Bloos, Rs. 14/76; EuGH v. 6. 10. 1976 Tessili, Rs. 12/76.

1591 Vorne § 12C.V.

1592 Sehr kritisch RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 174.

1593 Vorne § 12I.V.2.

1594 RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz, 238.

1595 Vorne § 12I.V.3.e)ii); § 12I.VI.1.b); vgl. BAJONS 64.

währleistungsklage bei Sachmängeln häufig an seinem Gerichtsstand anbringen können; zugleich hat auch die Verkäuferin die Zahlungsklage häufig am Ort des Käufers zu erheben. Darin aber eine kategorische Bevorzugung des Käufers zu sehen, wäre falsch. Die sachliche Rechtfertigung dafür liegt in der guten Wahrscheinlichkeit, dass sich die Kaufsache bereits beim Käufer befindet. Damit ist auch bei der Klage auf Zahlung des Kaufpreises i.d.R. eine Sach- und Beweishäufigkeit gegeben.¹⁵⁹⁶

In Verbindung mit der Zuständigkeitskonzentration führt die traditionelle Erfüllungsortsbestimmung *lege causae* dagegen häufiger zu einer Bevorzugung der Schuldnerin der charakteristischen Leistung. § 269 BGB sowie die PICC und die PECL sehen die Holschuld beim Wohnsitz der Schuldnerin als Standardlösung vor;¹⁵⁹⁷ ähnlich ist die Lage bei Art. 74 OR, Art. 1247 Abs. 3 CC/F und Art. 31 CISG, bei welchen der Wohnsitz der Schuldnerin als – praktisch bedeutsame – Auffanganknüpfung gegenüber dem Lageort dient.¹⁵⁹⁸

V. Gemeinschaftsrechtliche Beurteilung

Für die EuGVO steht die Methode der *autonomen Auslegung* grundsätzlich im Vordergrund.¹⁵⁹⁹ Als spezifisch auf das europäische Zivilprozessrecht bezogene Auslegungsgrundsätze werden vom EuGH aber daneben auch Voraussehbarkeit, Rechtsklarheit und Parteiautonomie hervorgehoben.¹⁶⁰⁰

Nach dem Gesagten leiden gerade die rein autonom-verfahrensrechtlichen Lösungen des Lageorts sowie – in vermindertem Masse – diejenige des beweglichen Lieferorts unter einem Mangel an Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit.¹⁶⁰¹ Auch der «Parteiautonomie» ist mit autonom-verfahrensrechtlichen Lösungen nicht gedient, weil nur die materiellrechtlichen Kategorien geeignet sind, die damit zusammenhängenden Probleme zu lösen.¹⁶⁰² Damit ergibt sich ein Konflikt zwischen den genannten Wertungen, der zu Gunsten eines teilautonomen Konzepts aufzulösen ist.

1596 Vorne § 12I.V.3.d); § 12I.VI.1.b); vorstehend § 12J.IV.2.b); vgl. vorne § 12C.V. GA LENZ, Nr. 72, Nr. 80; GEIMER/SCHÜTZE, Urteilsanerkennung, 552; KROPHOLLER, Art. 5 N 46, m.w.H.

1597 Vorne § 3C.II.3; § 4C.V.2; § 4D.V.4.d).

1598 Vorne § 3B.IV.1; § 3D.II; § 4B.II.4.

1599 HESS, 351, 357 f.; vorne § 12B.I.

1600 HESS 359 f., mit Bezug auf eine Untersuchung von PONTIER und BURG (EU-Principles, 2004, 241); vorne § 12B.I.

1601 Vorne § 12I.V.2; § 12I.VI.1.b); § 12J.IV.1.b).

1602 «Parteiautonomie» ist vorliegend im Sinne einer gerichtsstandsrechtlichen Respekterierung der *privatautonomen* Vereinbarung des Erfüllungsorts zu verstehen; vorne § 12I.IV.2.d); § 12I.IV.3.c).

VI. Zusammenfassung der vergleichenden Betrachtung

Vorab ist festzuhalten, dass weder aus grammatikalischer noch aus historischer Sicht Anlass dazu besteht, die *lex causae* als Bestimmungsgrundlage fallen zu lassen; gleichzeitig findet eine – z.T. neue – Anknüpfung an den Lieferort deutliche Anhaltspunkte im Wortlaut des rev. LugÜ/EuGVO sowie im Wunsch der Revision, das *forum actoris* der Verkäuferin auszuschalten.

Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit der Lösungen sprechen trotz potenziell erhöhtem Aufwand bei der Prüfung *lege causae* für ein unbewegliches Lieferortskonzept, denn es hilft, eine Reihe schwieriger Abgrenzungsfragen zu vermeiden, und lässt fiktiven Erfüllungsortsvereinbarungen keinen Raum. Die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen sind im vorliegenden Zusammenhang nur geringfügig, wobei sich zudem eine vertiefte Überprüfung des anwendbaren Rechts im Rahmen des neuen Lieferortskonzepts oft als überflüssig erweisen dürfte. Die verbleibenden materiellrechtlichen Unterschiede betreffend Zustandekommen und Gültigkeit bleiben hingegen beim vereinbarten Erfüllungsort zu berücksichtigen, was sich aus der Sicht der Respektierung der Privatautonomie und der Voraussehbarkeit ihrer prozessualen Rechtsfolgen als notwendig erweist. Vor diesem Hintergrund ruft die gemeinschaftsrechtliche Perspektive nicht nach einem vollautonomen Konzept um jeden Preis; eine teilautonome Methode, die das anwendbare materielle Recht bis auf den ihm notwendig zuzugestehenden Raum reduziert, wird ihr durchaus gerecht.

Dem Aspekt der Sach- und Beweisnähe entspricht ein bewegliches Lieferortskonzept am besten; sind diese Vorteile gegenüber den Aspekten der Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit (Vermeidung von Abgrenzungsproblemen) abzuwägen, so ist aber die unbewegliche Lieferortsmethode zu bevorzugen, die ihrerseits gegenüber dem traditionellen Erfüllungsortskonzept immer noch Vorteile bei Sach- und Beweisnähe aufweist.

K. Abgrenzung nach Art. 5 Ziff. 1 lit. c

I. Betreffend den sachlichen Anwendungsbereich

Aus der Struktur des Art. 5 Ziff. 1 rev. LugÜ/EuGVO insgesamt und besonders aus lit. c¹⁶⁰³ ergeben sich zwei Fragen: Welche Regelung enthält lit. a? Wie ist der für *lit. a verbleibende Bereich* zu bestimmen?

Was den *Regelungsgehalt der lit. a* anbelangt, so liegt wegen der wortgetreuen Übernahme aus dem bisherigen Recht nahe, dass «alles beim Alten» bleiben soll,

1603 Vorne § 12E.

d.h. die EuGH-Rechtsprechungen De Bloos und Tessili hier Bestand haben.¹⁶⁰⁴ Gegen diese Lesart regt sich aber verständlicher Widerstand. Es wird gefordert, dass lit. a im Licht der lit. b auszulegen sei und die Konzentration der Vertragszuständigkeit auch für Streitigkeiten ausserhalb der Warenkauf- und Dienstleistungsverträge zu erfolgen habe.¹⁶⁰⁵ Eine solche Auslegung macht Sinn, denn damit können Abgrenzungsprobleme vermieden werden.¹⁶⁰⁶ Die bei der Revision geäusserte Befürchtung, wonach das Kriterium der vertragscharakteristischen Leistung ausserhalb der Warenkauf- und Dienstleistungsverträge nur schwer anwendbar sei,¹⁶⁰⁷ ist unbegründet: Im Bereich des IPR wird das Kriterium der charakteristischen Verpflichtung traditionell über die Warenkauf- und Dienstleistungsverträge hinaus auf alle Verträge angewandt.¹⁶⁰⁸ Und es gibt zudem kein ersichtliches Motiv, die bekannten Probleme der Gerichtsstandsvermehrung und Zersplitterung der LugÜ und EuGVÜ in die Zukunft weiterzuziehen.

Allerdings sind deutliche Zweifel angebracht, ob der EuGH angesichts des mit den EuGVÜ und LugÜ identischen Wortlauts der lit. a diesen Widerständen folgen wird.¹⁶⁰⁹ Und aus historischer Sicht war Art. 5 Ziff. 1 EuGVO in der Tat ein Kompromiss zwischen entgegengesetzten Positionen, was die Konzentration des Gerichtsstands betrifft.¹⁶¹⁰

Was die zweite Frage betrifft, so ist festzuhalten, dass sich die Anwendbarkeit der lit. a ausschliesslich *ratione materiae* bestimmt. Die Regelung nach lit. a ist demnach nur anwendbar, wenn das betroffene Vertragsverhältnis ausserhalb der Warenlieferungs- und Dienstleistungsverträge anzusiedeln ist.¹⁶¹¹ Dies ist zugleich die naheliegendste Auslegung. Andere Meinungen geben aber lit. a eine weitergehende Bedeutung. Sie wollen trotz Vorliegen eines Warenkauf- oder Dienstleistungsvertrags lit. a anwenden, wenn das Tatbestandsmerkmal der lit. b «nach dem Vertrag» nicht erfüllt ist.¹⁶¹²

1604 BAJONS 16; KROPHOLLER, Art. 5 N 29; PILTZ, Gerichtsstand, 58; NEWTON 160; GEHRI 196; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 33; MARKUS, Hauptpunkte, 212; EG-KOMMISSION, Vorschlag 15.

1605 KROPHOLLER, Art. 5 N 29 ff.; KROPHOLLER/VON HINDEN 409; JUNKER 572, MICKLITZ/ROTT 329; FURRER/SCHRAMM, Zuständigkeitsprobleme, 109 f.; KLEMM 62 ff.; CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 44.

1606 Vgl. CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 9.

1607 Vorne § 12C.VI.

1608 Vorne § 7A.III; § 8.

1609 CZERNICH, EuGVO, Art. 5 N 44.

1610 Eliminierung der EuGH Rechtsprechung v. 6.10.1976 De Bloos, Rs. 14/76; vorne § 12C.VI; § 12H.II; EG-KOMMISSION, Vorschlag, 15.

1611 MARKUS, Hauptpunkte, 211; MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 333; GEHRI 196; GA BOT, Nr. 35 ff.

1612 KROPHOLLER, Art. 5 N 49.; CZERNICH, Erfüllungsgerichtsstand, 339; vgl. WURMNEST 113.

Dabei wird das Beispiel des Versandkaufs angeführt, bei welchem «der Vertrag» keinerlei Aufschluss über den Erfüllungsort gibt,¹⁶¹³ weil kein Liefer- oder Erfüllungsort vereinbart wurde und sich ein solcher aus den Umständen nicht ergibt.¹⁶¹⁴ Dasselbe wird z.B. bei Nichtigkeit des Vertrags *ex tunc* (etwa nach Willensmängelanfechtung) gefordert, wenn statt eines vertraglichen Rückabwicklungsverhältnisses allein gesetzliche Bereicherungsansprüche greifen.¹⁶¹⁵ Aber auch das Gegenteil wird postuliert: Lit. a sei immer anzuwenden, wenn eine Erfüllungsortsvereinbarung vorliegt.¹⁶¹⁶ Hinter dieser Auffassung ist der Wunsch erkennbar, auf Erfüllungsortsvereinbarungen die *lex causae* anzuwenden, während die übrigen Fälle mit Hilfe einer instrumentsautonomen Methode zu lösen wären.¹⁶¹⁷

Nach einer weiteren Auffassung soll lit. a dann greifen, wenn vertragliche Verbindlichkeiten in verschiedenen Mitgliedstaaten bestehen.¹⁶¹⁸

Was letztere Auffassung betrifft, so weisen der EuGH und der BGH in die andere Richtung.¹⁶¹⁹ Darüber hinaus sind der Rechtsprechung des EuGH jedoch kaum Indizien zu entnehmen. Im Fall Color Drack steuert der EuGH zwar ohne zu Zögern auf eine Anwendung der lit. b zu,¹⁶²⁰ obwohl zweifellos eine Lieferortsvereinbarung vorliegt.¹⁶²¹ Aber gerade diesem Aspekt hat der EuGH ja in seiner Begründung leider keine Beachtung geschenkt.¹⁶²²

Die Tendenzen, lit. c (und damit lit. a) vorschnell anzuwenden, sind jedenfalls entschieden abzulehnen.¹⁶²³ Sie erschweren die einheitliche Anwendung der Gerichtsstandsnorm und schaffen ohne Not zusätzliche Abgrenzungsprobleme. Sie berauben die Revision stückweise ihres grössten Vorteils: der Zuständigkeitskonzentration.¹⁶²⁴ Dazu halten diese Tendenzen auch historisch nicht stand. Die Revision war deutlich von der Idee getragen, eine einheitliche Gerichtsstandsregel bei Warenkauf- und Dienstleistungsverträgen zu schaffen.¹⁶²⁵ Denn wenn die Rege-

1613 KROPHOLLER, Art. 5 N 49 i.i.; vgl. POCAR, Brüssel I, 18.

1614 MAGNUS, UN-Kaufrecht, 48; als *ultima ratio* PILTZ, Gerichtsstand, 56.

1615 BAJONS 63.

1616 BGH v. 1.6.2005, Rs. VIII ZR 256/04 (= IPRax 6/2006, 594 ff.) E II. 3; vgl. HUET 428 und TAKAHASHI 537; noch in 7. Aufl. KROPHOLLER JAN, Europäisches Zivilprozessrecht, Heidelberg 2002, Art. 5 N 41.

1617 Vgl. WURMNEST 113. Allerdings verträgt sich diese Theorie nur schlecht mit dem Wortlaut «nach dem Vertrag»; vorne § 12I.IV.1.

1618 ZEYCAN 687.

1619 EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05; BGH v. 2.3.06, Rs. IX ZR 15/05; dazu vorne § 12I.VI.2.a).

1620 EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, N 17; N 26.

1621 Vorlagefrage in EuGH v. 3.5.2007 Color Drack, Rs. C-386/05, N 14; vorne § 12I.IV.2ndb).

1622 Vorne § 12I.IV.2ndb).

1623 GA BOT, Nr. 37; KROPHOLLER, Art. 5 N 49; LEIBLE/SOMMER 570; LEIBLE, Zivilprozessrecht, Art. 5 N 57; CZERNICH, Erfüllungsgerichtsstand, 339; vgl. WURMNEST 113.

1624 MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 333 f.

1625 MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 334; vgl. GA BOT, Nr. 37.

lung nach Wortlaut nicht auf die übrigen Verträge ausgedehnt wurde, so ist das auch mit der erwähnten, im Rahmen der Revision geäußerten Befürchtung zu erklären, das Kriterium der charakteristischen Verpflichtung sei nicht sachgerecht auf sämtliche Vertragstypen und Innominatverträge anwendbar.¹⁶²⁶ Deshalb fallen einzig Vertragsstreitigkeiten unter lit. a, welche nicht den Warenkauf- oder Dienstleistungsverträgen zuzuordnen sind.¹⁶²⁷

II. Betreffend den räumlichen Anwendungsbereich

Weder aus der Systematik noch aus dem Text der lit. c sogleich ersichtlich ist eine weitere Einschränkung der lit. b, die sich aus der Perspektive des *räumlichen Anwendungsbereichs* des Vertragsgerichtsstands ergeben soll: Die bisherige Regelung der lit. a wäre demnach subsidiär massgeblich, wenn die Anwendung der lit. b einen Vertragsgerichtsstand ausserhalb eines Staates ergeben würde, der an das rev. LugÜ resp. die EuGVO gebunden ist.¹⁶²⁸ Diese Situation kann sich daraus ergeben, dass die Erfüllung der Sachleistung eines Kaufvertrags zwischen zwei Parteien mit Wohnsitz in verschiedenen Staaten, die an das rev. LugÜ resp. die EuGVO gebunden sind, in einem Drittstaat, z.B. in Brasilien,¹⁶²⁹ zu erfolgen hat.

Der brasilianische Gerichtsstand kann durch das rev. LugÜ/EuGVO offensichtlich nicht gewährleistet werden. Die Regelung ist vielmehr auf die Wiederherstellung des Zahlungsgerichtsstands innerhalb des räumlichen Anwendungsbereichs der Instrumente ausgerichtet. Sie wird operativ, wenn die Zahlungsverpflichtung nach dem anwendbaren materiellen Recht als Bringschuld ausgestaltet und somit beim Verkäufer zu erfüllen ist. Dann entsteht ein Kläegergerichtsstand des Verkäufers. Diese Regelung kann also zum Vorteil des europäischen Exporteurs reichen, der ausserhalb Europas liefert,¹⁶³⁰ und operiert damit gleichzeitig zum Nachteil der – ebenfalls europäischen – Käuferin, die für ihre Forderungen keinen («europäischen») Vertragsgerichtsstand beanspruchen kann.¹⁶³¹

Historisch ist die hier angefochtene Lesart darauf zurückzuführen, dass sich ein gewisser EU-Mitgliedstaat von dieser Regelung einen Vorteil für seine Export-

1626 Vorne § 12C.VI; MICKLITZ/ROTT 329.

1627 Vgl. GA BOT, Nr. 37.

1628 So die EG-KOMMISSION, Vorschlag 15; GA BOT, Nr. 115 Fn. 30; POCAR, Draft Report, Nr. 51; OLG Düsseldorf v. 30.1.2004, Rs. I 23 U 70/03, IHR 3/2004 (108 ff.) 110 (obiter); OLG Frankfurt a.M. v. 8.9.2004, Rs. 4 U 23/04, RIW 2004, 864 f.; PILTZ, Gerichtsstand, 58; HUET 429 f.; KANNOVSKI/GERLING 6; POCAR, Brüssel I, 18 f.; MANKOWSKI, Entwicklungen, 567; MANKOWSKI Art. 5 N 143; MEIER, IZPR 108; FURRER/SCHRAMM, Zuständigkeitsprobleme, 109; MANDANIS 310; vgl. MARKUS, Hauptpunkte, 212; vorne § 12D.

1629 Oder, solange das rev. LugÜ nicht in Kraft getreten ist, in der Schweiz oder in einem anderen Nur-Mitgliedstaat des LugÜ; BAJONS 16 f.

1630 MARKUS, Hauptpunkte, 212.

1631 MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 334.

industrie erhoffte. Vorteile gegenüber Importeuren ausserhalb des geographischen Anwendungsbereichs der Instrumente ergeben sich indessen keine, weil Art. 5 Ziff. 1 LugÜ/rev.LugÜ nur gegenüber Parteien mit Wohnsitz innerhalb des Anwendungsbereichs anwendbar ist. Die hier angefochtene Interpretation der lit. c ist dagegen nicht nur eine Wiedereinführung des Zahlungsgerichtsstands mit all seinen Unwägbarkeiten durch die Hintertür, sondern auch eine rechtspolitisch nicht begründbare Besserstellung des Verkäufers; sie ist somit aus teleologischer Sicht abzulehnen.¹⁶³² Aus grammatikalischer und systematischer Sicht disqualifiziert sich diese Auslegung bereits wegen des beispiellos kryptischen Textes der lit. c, aus dem – gleichsam wie aus der Wundertüte – eine zusätzliche Bedeutung in räumlicher Hinsicht gezogen werden soll. Eine solch undurchsichtige textliche Durchmischung von sachlichem und räumlichem Anwendungsbereich ist der Praktikerin in dieser ohnehin komplexen Materie schlicht nicht zuzumuten. Somit ist davon auszugehen, dass kein Vertragsgerichtsstand nach rev. LugÜ/EuGVO zur Verfügung steht, wenn sich der Erfüllungsort der charakteristischen Verpflichtung ausserhalb eines Staates befindet, der an das rev. LugÜ resp. die EuGVO gebunden ist.¹⁶³³

1632 Markus, Vertragsgerichtsstand, 334. Abgelehnt auch von KROPHOLLER, Art. 5 N 53; JEGHER 123; HAU, IPRax 2000, 360; LEIPOLD 450 f.; JUNKER 572; vgl. TAKAHASHI 540.

1633 Vgl. vorne § 12D.

§ 13 Zusammenfassung und Ergebnisse

A. Zusammenfassende Betrachtung

I. Materielles Recht

Für den Vertragsgerichtsstand steht die materiellrechtliche Erfüllungsortsvereinbarung im Zentrum des Interesses, denn sie tritt im internationalen Handel häufig in Erscheinung.

Bei der Entstehung und Gültigkeit der Erfüllungsortsvereinbarung bestehen im Kern keine Unterschiede zwischen den untersuchten materiellen Rechten; im Einzelnen sind immerhin Differenzen bei den kaufmännischen Bestätigungsschreiben und bei den AGB auszumachen.¹⁶³⁴ Obwohl diese Unterschiede die Gerichtsstandsbestimmung nicht erleichtern, ist die Beachtung der materiellrechtlichen Gültigkeit der Erfüllungsortsvereinbarung im Gerichtsstandsrecht unverzichtbar; sie ist anlässlich des Vertragsschlusses und vor der praktischen Durchführung des Vertrags (Vertragserfüllung) der einzige Anhaltspunkt der Parteien dafür, wie sich eine künftige Vertragswirklichkeit gestalten wird. Nur die Berücksichtigung sowohl der materiellrechtlicher Gültigkeit wie des Inhalts der Vereinbarung kann stossende Defizite bei der Voraussehbarkeit des Gerichtsstands verhindern und zugleich einen Schutz vor Manipulationen einer Partei bieten.

Bei Sachschulden ist zwischen dem Erfüllungsort i.e.S. und dem Erfolgsort (Erfüllungsort i.w.S.) zu unterscheiden. Häufig wird im internationalen Handel eine Versendungsschuld vereinbart, in Rahmen derer zwischen Erfüllungsort i.e.S. und Erfolgsort zu differenzieren ist. Während am Erfüllungsort i.e.S. die Erfüllungstätigkeit des Schuldners stattfindet, tritt am Erfolgsort der Verpflichtungserfolg im Sinne des Besitzes- und ggf. Eigentumsübergangs am Vertragsgegenstand ein.

Anders als bei der Zahlungsverpflichtung bestehen bei der Ausgestaltung des Erfüllungsorts der vertragscharakteristischen Leistung kaum dispositivrechtliche Differenzen zwischen den untersuchten materiellen Rechten. Keine Unterschiede bestehen bei der Bestimmung des materiellrechtlichen Erfolgsorts (Erfüllungsort i.w.S.), der regelmässig auf einer Vereinbarung beruht, die lediglich einen örtlichen Bezugspunkt für die Besitz- und zuweilen Eigentumsübertragung zum Gegenstand hat.

Als Perspektive zur Beseitigung der noch vorhandenen Differenzen zwischen den Rechtsordnungen sind die europäischen und globalen Vereinheitlichungsbe-

¹⁶³⁴ Wobei die Differenzen bei den AGB (Inhaltskontrolle) für Erfüllungsortsvereinbarungen kaum relevant sind.

mühungen zu sehen, die in absehbarer Zukunft die Bestimmung des Erfüllungsorts im internationalen Rahmen noch erleichtern dürften.

II. Internationales Privatrecht

Soweit Unterschiede in den materiellen Rechten bestehen bzw. überhaupt massgeblich sind,¹⁶³⁵ ist die internationale Vereinheitlichung des IPR für eine einfachere und harmonischere Anwendung des Erfüllungsortsgerichtsstands ausschlaggebend. Im vorliegenden Bereich bietet das EVÜ eine gute Grundlage; die neuliche Begründung einer Auslegungskompetenz des EuGH trägt zur Homogenisierung seiner Anwendung das Seinige bei.

Der Anwendungsbeginn der Nachfolgeregelung des EVÜ, der H I, wird Verordnung Rom eine einheitliche IPR-Normierung für nahezu alle EU-Mitgliedstaaten mit sich bringen. Die Unterschiede zum schweizerischen IPRG, dessen Lösungen mit dem heutigen EVÜ weitgehend übereinstimmen, bleiben verhältnismässig gering.

III. Internationales Verfahrensrecht

Die nationalen Gerichtsstandslösungen sind in der Ausgestaltung nicht eben homogen; gemeinsam ist ihnen zwar die Ausrichtung auf das materielle Recht bei der Gerichtsstandsbestimmung, in Deutschland und Frankreich wird aber die verfahrensrechtliche Bedeutung der Erfüllungsortsvereinbarung empfindlich eingeschränkt; damit fallen Vertragswirklichkeit und Gerichtsstand i.d.R. auseinander, was entsprechende Kompromisse mit der Sach- und Beweisnähe nach sich zieht. Ausserdem tendieren die schweizerische Revisionsvorlage und das französische Recht zur Anknüpfung an einen Lieferort (Erfüllungsort i.w.S.), während das deutsche Recht am Erfüllungsort i.e.S. festhält.

Die Bemühungen der Haager Konferenz, sich zu Gunsten eines faktisch-autonomen Ansatzes vom anwendbaren materiellen Recht zu lösen, sind im Rahmen der Erfüllungsortsbestimmung gescheitert; eine Loslösung vom materiellen Recht gelang nur in den Bereichen, in denen der Text die Anknüpfung des Erfüllungsorts verlassen hat.

Die vorliegende Studie kommt für das rev. LugÜ/EuGVO denn auch zum Schluss, dass ein «faktisch» bestimmter Erfüllungsortsgerichtsstand ein wenig reflektierter und logisch nur schwer möglicher Weg ist. Er stösst bei näherer Betrachtung an engste Grenzen, die ihm aus der Sicht der Berechenbarkeit und der Voraussehbarkeit des Gerichtsstands gezogen sind. Eine faktische Betrachtungs-

¹⁶³⁵ Dies ist hauptsächlich noch in Bezug auf die traditionelle Erfüllungsortsbestimmung nach Art. 5 Ziff. 1 lit. a rev. LugÜ/EuGVO der Fall.

weise vermag weder die Situationen zu bewältigen, in denen (noch) keine Erfüllungshandlungen stattgefunden haben, noch kann sie akzeptable Resultate im Bereich des vereinbarten Erfüllungsorts bieten. Entsprechende Vorschläge für «faktische» Erfüllungskonzepte aus Lehre und Rechtsprechung entpuppen sich bei näherer Betrachtung denn auch weitestgehend als normative Methoden, die zudem auf die *lex causae* zur Beurteilung des Gerichtsstands kaum verzichten können. Wenn diese Vorschläge von ihren Autoren dennoch als «faktisch» bezeichnet werden, so ist dies hauptsächlich auf eine weitgehende Unterschätzung der rechtlichen und praktischen Tragweite von Erfüllungsortsvereinbarungen zurückzuführen.

Aber auch die Suche nach normativen, autonom-verfahrensrechtlichen Beurteilungsgrundlagen stösst auf erhebliche Schwierigkeiten. Hierfür ausreichende prozessrechtliche Wertungen sind nicht ersichtlich; dieses Defizit tritt vor allem im Bereich der Erfüllungsortsvereinbarung zu Tage, wo allein differenzierende, im Einklang mit dem materiellen Recht stehende Wertungen zu voraussehbaren und gerechten Lösungen führen können. Der Versuch einer Neuentwicklung solcher Kriterien, die auch im Bereich der Erfüllungsortsvereinbarung befriedigende Lösungen liefern soll, setzt sich dem Vorwurf aus, das Rad neu erfinden zu wollen. Mit künstlichen Parallelwertungen zum materiellen Recht leidet zudem unnötig der innere Entscheidungseinklang der beteiligten Rechtsordnungen («Einheit der Rechtsordnung»).

Eine Bestimmung über das materielle Recht des Gerichtsstaats (*lex fori*) ist bereits für die nationalen Gerichtsstände abzulehnen; umso weniger kann sie auf der Ebene multilateraler Instrumente dienen, zumal dort die Defizite dieser Methode bei der internationalen Entscheidungskoordination noch deutlicher zum Ausdruck kommen.

Die Bestimmung des Gerichtsstands mit Hilfe von gemeineuropäischen materiellrechtlichen Rechtsprinzipien erscheint demgegenüber als attraktivere Variante. Aber auch als Kondensat einer europäischen Rechtsvergleichung verfügen die PECL (noch) nicht über eine ausreichende Legitimation insbesondere gegenüber den Staaten, die als Nichtmitglieder der EU von der vorliegenden Rechtsentwicklung ausgeschlossen sind. Bereits die Tendenz zur Vereinheitlichung des materiellen Vertragsrechts innerhalb der EU wird aber einen grossen Teil der verbliebenen Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Gerichtsstands über das internationale Privatrecht des Forums beseitigen.

Somit bleibt heute im Rahmen des rev. LugÜ/EuGVO als realistische Möglichkeit nach wie vor die Heranziehung der *lex causae* als Bestimmungsgrundlage. Dieses Ergebnis wird durch die entstehungsgeschichtliche Betrachtung gestützt.¹⁶³⁶ Im Rahmen des – restriktiv anzuwendenden – Art. 5 Ziff. 1 lit. a rev.

1636 POCAR, Draft Report, Nr. 51, verweist auf die *lex causae* in Fällen, in denen der Erfüllungsort nicht deutlich aus der Vereinbarung der Parteien hervorgeht.

LugÜ/EuGVO dient die *lex causae* im bisherigen Ausmass zur traditionellen Erfüllungsortsbestimmung im Sinne der EuGH-Rechtsprechung De Bloos und Tessili. Darüber hinaus beansprucht die *lex causae* noch einen eingeschränkten Raum zur Gerichtsstandsbestimmung nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO.

Dieser Raum ist vorab dadurch eingeschränkt, dass die Bestimmung des Erfüllungsorts innerhalb eines einheitlichen Vertrags allein noch für die vertragscharakteristische Leistung erfolgt (Konzentration des Gerichtsstands; Fallenlassen der EuGH-Rechtsprechung De Bloos). Der technische Schwierigkeitsgrad einer Lösung, die auf dem nach dem IPR des Forums ermittelten materiellen Recht beruht, relativiert sich zudem erheblich mit einer modifizierten, teilautonomen Anknüpfung, die sich an den materiellrechtlichen Erfolgsort (Erfüllungsort i.w.S.) anlehnt. Die Anknüpfung an den unbeweglichen *Lieferort* zieht gegenüber dem vergleichsweise normativ schwerer befrachteten Erfüllungsort i.e.S. eine wesentliche Vereinfachung mit sich, denn sie entlastet hauptsächlich von der schwierigen materiellrechtlichen Differenzierung zwischen Bring- und Versendungsschuld.¹⁶³⁷ Damit relativiert sich die Kritik bereits beträchtlich, welche die Bestimmung des Erfüllungsorts über das IPR des Gerichtsstaats als zu kompliziert erachtet. Weitere Erleichterungen für die Praxis sind in Zukunft zudem von einer stetig fortschreitenden europäischen Privatrechtsvereinheitlichung zu erwarten.

B. Unbewegliche Lieferortsgerichtsstände nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO und Art. 113 Vernehmlassungsentwurf IPRG

Ein Grossteil der Kritik am traditionellen Erfüllungsortsgerichtsstand ist auf die EuGH-Rechtsprechung De Bloos¹⁶³⁸ zurückzuführen, weil sie in Verbindung mit der Rechtsprechung Tessili¹⁶³⁹ beziehungsarme Gerichtsstände und eine aleatorische Aufteilung und Zersplitterung der Gerichtsstände zu verantworten hat.¹⁶⁴⁰ Die Abschaffung jener Rechtsprechung – und damit einhergehend eine Konzentration des Gerichtsstands auf den Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Verpflichtung – hat bereits wesentliche Verbesserungen zur Folge, was die Voraussehbarkeit sowie Sach- und Beweisnähe des Gerichtsstand betrifft.¹⁶⁴¹ Auf dieser komfortablen Grundlage sucht das Lieferortskonzept noch weitergehende Annäherungen an diese Anforderungen.

1637 Die materiell-rechtliche Betrachtungsweise ist damit nicht notwendigerweise mit dem Absendeort gleichzusetzen (vgl. OBERHAMMER, Art. 5 N 59), sondern verbindet sich nach der vorliegenden Theorie mit dem Lieferort.

1638 EuGH v. 6. 10. 1976 De Bloos, Rs. 14/76.

1639 EuGH v. 6. 10. 1976 Tessili, Rs. 12/76.

1640 Vorne § 12C.IV.1; § 12C.V.

1641 Vorne § 12H.III.3.

Für den Bereich der Warenkauf- und Dienstleistungsverträge ist ein beweglicher (teilautonomer) Gerichtsstand denkbar, wie er vorne aus Ansätzen in der Lehre und Rechtsprechung zu einem faktischen Erfüllungskonzept entwickelt worden ist. *Vor der Erfüllung* wird der traditionelle Erfüllungsort i.e.S. nach der *lex causae* bestimmt. *Nach erfolgter Erfüllung* wird der *Lieferort* (Erfüllungsort i.w.S.) massgeblich, der sich bei der Versandungsschuld vom Erfüllungsort i.e.S. unterscheidet.¹⁶⁴²

Das bewegliche Konzept hat zwar den Vorteil, häufiger zu einem sachnahen Gerichtsstand zu führen, denn es lässt ihn dem Vertragsobjekt folgen und trägt damit der dynamischen Natur des Erfüllungsvorgangs Rechnung. Diese Beweglichkeit bietet aber gleichzeitig Ansatz zu Kritik.

Die Voraussehbarkeit des Vertragsgerichtsstands zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist eine grundlegende Anforderung des Verfahrensrechts und gleichzeitig ein wichtiges Element der Rechtfertigung des Vertragsgerichtsstands neben dem allgemeinen Wohnsitzgerichtsstand. Im beweglichen Konzept wird der Gerichtsstand in gewissem Rahmen in die Hand der Partei gelegt, welche die charakteristische Leistung schuldet, denn sie kann sich durch Zurückhalten der Leistung «ihren» Gerichtsstand i.d.R. an ihrem Sitz oder Wohnsitz bewahren. Dazu bietet die Frage, ob bereits erfüllt wurde, zusätzliches Streitpotential, das auf der Ebene der Beurteilung der Zuständigkeit indessen unbedingt zu vermeiden ist.¹⁶⁴³

Diese Argumente sprechen für einen unbeweglichen Gerichtsstand im Rahmen des Art. 5 Ziff. 1 lit. b. In Kauf zu nehmen ist dabei die Einbusse an Sach- und Beweisnähe, die sich in den Fällen ergibt, in welchen bei einer Versandungsschuld noch nicht erfüllt wurde. Indem sich der Gerichtsstand tendenziell bei der Sachgläubigerin und nicht beim Sachschuldner ansiedelt, ergibt sich gegenüber dem traditionell bestimmten Erfüllungsortsgerichtsstand immer noch eine wesentlich verbesserte Sach- und Beweisnähe des Lieferortsgerichtsstands.¹⁶⁴⁴

Im internationalen Handel stehen bei den vorliegenden Vertragstypen des Warenkaufs- und Dienstleistungsvertrags Versandungs- und Bringschulden gegenüber den Holschulden im Vordergrund. Bei Versandungsschulden bestimmt sich der Lieferort auf der Basis der Versandungsvereinbarung, während der Lieferort bei Bring- oder Holschulden mit dem Erfüllungsort i.e.S. zusammenfällt.¹⁶⁴⁵

Dabei bietet die Bestimmung des Lieferorts gegenüber der Bestimmung des Erfüllungsorts i.e.S. wesentliche praktische Vereinfachungen gleich in mehrfacher Hinsicht.

1642 Vorne § 12I.V.3.e)ii); vorbehaltlich der Theorien, welche die Erfüllungsortsvereinbarung auch nach erfolgter Erfüllung als massgeblich betrachten (a.a.O.).

1643 Vorne § 12I.VI.1.b).

1644 Vorne § 12J.VI.

1645 Vorne § 12I.VI.1.c).

Der Liefer- bzw. Bestimmungsort der Ware oder des Werks lässt sich der Vereinbarung i.d.R. ohne Weiteres entnehmen. Entscheidend ist allein der Ort, an welchen die Ware oder das Werk vom Sachschuldner geographisch zu verschieben ist, damit die Erwerberin oder ihr Stellvertreter in den unmittelbaren Besitz des Vertragsobjekts gelangen kann. Ob der Sachschuldner das Vertragsobjekt der Gläubigerin zu überbringen hat, oder ob es sich um eine blossе Versandungspflicht des Sachschuldners handelt, bleibt für den hier interessierenden örtlichen Aspekt unerheblich; ebenso wenig ist massgeblich, ob die Gläubigerin tatsächlich in den Besitz des Vertragsobjekts gelangt oder in Gläubigerverzug gerät.¹⁶⁴⁶ Damit entfallen die rechtlichen Differenzierungen zwischen Versandungsschuld und Bringschuld.

Insbesondere kann die umstrittene und unterschiedlich gehandhabte Bedeutung der INCOTERMS im Fall einer Versandungsschuld für den Erfüllungsort unbeachtet bleiben. Diesen Klauseln ist der beschriebene Lieferort ungleich einfacher zu entnehmen als der Erfüllungsort i.e.S., bei welchem der vertragliche Kontext der Klausel genau darauf zu untersuchen ist, ob eine Erfüllungsortvereinbarung oder eine blossе Kosten- bzw. Transportregelung darin enthalten ist. Nach erfolgter Erfüllung ergeben sich weitere Vereinfachungen: Akzeptiert der Gläubiger den örtlichen Aspekt der Lieferung, so ist der dortige Gerichtsstand ohne Weiteres gegeben.¹⁶⁴⁷

Der Lieferort wird so zum prozessrechtlichen Erfüllungsort. Die Unterschiede zwischen Versandungsschuld und Bringschuld, die allein im materiellen Recht eine Rolle spielen, werden für die Zwecke des IZPR überbrückt. Insofern stellt die Lieferortsmethode eine teilautonome Reduktion der Bestimmungsmethode *lege causae* dar.¹⁶⁴⁸ Das gegenüber dem anwendbaren Recht autonome Element besteht in der Umdeutung des materiellrechtlichen Erfolgsorts (Erfüllungsort i.w.S.) in einen verfahrensrechtlichen Erfüllungsort (teilautonomer Lieferortsgerichtsstand).

Die Verschiebung des Gerichtsstands vom Erfüllungsort i.e.S. zum Lieferort rechtfertigt sich auch aus einer abstrakten Sicht, welche auf die Kohärenz zwischen den materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Wertungen abstellt.¹⁶⁴⁹ Die Gefahrtragung auf der Reise des Vertragsgegenstands hat für die Frage der Sach- und Beweisnähe des Gerichtsstands keine Bedeutung;¹⁶⁵⁰ hierfür entscheidend ist demgegenüber der Ort der materiellrechtlichen Zielerreichung des Vertrags,¹⁶⁵¹ also der

1646 Vorne § 12I.VI.1.c); § 12I.VI.1.d).

1647 Vorne § 12I.VI.1.d).

1648 Vgl. GA LENZ, Nr. 64.

1649 Vorne § 2C; § 12I.VI.3.

1650 Vorne § 12I.VI.1.d).

1651 Vorne § 2C.

Ort, an dem der Besitz- und ggf. das Eigentum am Vertragsobjekt übergehen können.¹⁶⁵²

C. Bedeutung des materiellen Rechts im Verfahrensrecht

Nach dem vorliegend vertretenen normativ-teilautonomen Konzept bleibt ein Einfluss des anwendbaren materiellen Rechts auf den Vertragsgerichtsstand auch nach Art. 5 Abs. 1 lit. b rev. LugÜ/EuGVO und nach Art. 113 E-IPRG aufrecht. Der aus allgemeiner Sicht bejahte Zusammenhang zwischen dem materiellen und dem Verfahrensrecht¹⁶⁵³ erweist sich auch in der Detailuntersuchung als relevant. Der vielbeschworene Königsweg innerhalb der autonom-verfahrensrechtlichen Lösungen, die faktische Bestimmung des Erfüllungsorts, stellt sich als Irrweg heraus.

Das materielle Recht kann im Verfahrensrecht aber nicht funktionieren, ohne von Letzterem flankiert und präzise eingegrenzt zu werden. Verfahrensrechtliche Grenzen des materiellen Rechts ergeben sich aus dem Bedürfnis nach einer international harmonischen und voraussehbaren Gerichtsstandsregelung. Deshalb werden Fragen wie der sachliche Anwendungsbereich des Gerichtsstands,¹⁶⁵⁴ insbesondere bei umstrittener Gültigkeit des Vertrags,¹⁶⁵⁵ oder wie die Grenzen der Erfüllungsortsvereinbarung (abstrakte Erfüllungsortsvereinbarung)¹⁶⁵⁶ bereits unter den LugÜ/EuGVÜ autonom-verfahrensrechtlich bestimmt. Ein Einfluss des materiellen Rechts bleibt auch hier immerhin insofern gewahrt, als die autonomen Begriffe aus vergleichenden Erkenntnissen des materiellen Rechts entwickelt werden.¹⁶⁵⁷

Die Revision der LugÜ/EuGVÜ hat aus den genannten Gründen weitere autonom-verfahrensrechtliche Elemente hinzugefügt. Mit dem Fallenlassen der Rechtsprechung De Bloos¹⁶⁵⁸ und der Konzentration des Gerichtsstands wird die materiellrechtliche Zuordnung eines eigenen Erfüllungsorts zu potenziell jeder vertraglichen Verpflichtung innerhalb eines Vertrags durchbrochen und mit der verfahrensrechtlichen Fiktion eines einzigen, für alle Verpflichtungen des Vertrags massgeblichen Erfüllungsorts ersetzt.¹⁶⁵⁹ Die monierten Schwierigkeiten mit dem

1652 Vorne § 3B.I.1; § 3B.I.3.

1653 Vorne § 1; § 2C.

1654 Vorne § 12F.

1655 Vorne § 12F; § 12I.IV.3.a).

1656 Vorne § 12I.IV.3.b).

1657 Vorne § 12B.I; auch die Rechtsprechung EuGH v. 20.2.1997 MSG Mainschiffahrt-Genossenschaft, Rs. 106/95 betreffend abstrakte Erfüllungsortsvereinbarungen orientiert sich am materiellen Recht: vorne § 12I.IV.3.b).

1658 EuGH v. 6.10.1976 De Bloos, Rs. 14/76.

1659 Vgl. GA LENZ, Nr. 64.

Einbezug des materiellen Rechts verlieren so bereits viel von ihrem Schrecken.¹⁶⁶⁰ Der Konzentrationslösung ist auch deshalb ein möglichst breites Anwendungsfeld zu eröffnen.¹⁶⁶¹

Die Konzentration des Gerichtsstands zieht weitere instrumentsautonome Bestimmungen nach sich, so diejenige des Warenkaufs- und Dienstleistungsvertrags¹⁶⁶² sowie der Abgrenzung zwischen Vertragseinheit und der Vertragsmehrheit.¹⁶⁶³ Der Konzentrationsgedanke schlägt ferner auch bei der Bestimmung einer Mehrheit von Lieferorten auf das materielle Recht durch.¹⁶⁶⁴

Das teilautonome Lieferortskonzept blendet zudem eine Reihe weiterer materiellrechtlicher Differenzierungen aus, die für das Verfahrensrecht unwesentlich sind.¹⁶⁶⁵ Im Dienst eines international einheitlichen Gerichtsstands wird damit die Bedeutung des anwendbaren materiellen Rechts im Verfahrensrecht reduziert und modifiziert. So reichen einzelne Elemente des materiellrechtlichen Erfüllungsorts bereits aus, um einen voraussehbaren sowie sach- und beweisnahen Gerichtsstand zu bestimmen.¹⁶⁶⁶ Gleichzeitig werden aber Bezüge zum materiellen Recht soweit aufrecht erhalten, als sie sich wegen der Wertungskohärenzen zwischen dem materiellen Recht und dem Verfahrensrecht als notwendig erweisen.¹⁶⁶⁷

1660 Vgl. GA RUIZ-JARABO COLOMER, Nr. 57; MARKUS, Vertragsgerichtsstand, 335.

1661 Vorne § 12K.I; insbesondere ist das Konzentrationsprinzip auch bei einer Erfüllungsortsvereinbarung zu beachten (vgl. vorne § 12I.IV.3.c).

1662 Vorne § 12G.

1663 Vorne § 12H.III.2.

1664 Vorne § 12I.VI.2.a)ii)6).

1665 In der Umdeutung des materiellrechtlichen Lieferorts (Bestimmungsorts) in einen verfahrensrechtlichen Erfüllungsort ist ein *verfahrensautonomes* Element zu sehen (vgl. GA LENZ, Nr. 64 betreffend Konzentration auf den Erfüllungsort der charakteristischen Verpflichtung).

1666 Vorne § 12I.VI.1.d); § 13B.

1667 Vorne § 2C; § 12I.VI.1.b)iii); § 12I.IV.2.d); § 12I.IV.4; § 12I.VI.3.