

Internationales Privatrecht II, IntWR, Art. 50-253 EGBGB

8. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-72613-2
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

ability).⁴⁸³ Die Unwirksamkeit kann unterschiedliche Gründe haben. Die Regelung ihrer Folgen bleibt dem gewählten Sachrecht überlassen. Zur Form → Rn. 107. Zur vorvertraglichen Informationspflicht über das anwendbare Recht → Art. 6 Rn. 58.

3. Form (Art. 11). a) Grundsatz. Eine besondere Form ist für die Rechtswahl nicht vorgeschrieben⁴⁸⁴ (vgl. Abs. 1 S. 2). Die Rechtswahlklausel kann sich in einem **Formularvertrag** oder einem Individualvertrag befinden. Eine Rechtswahl kann auch durch Erklärungen im **elektronischen Geschäftsverkehr** erfolgen,⁴⁸⁵ wobei – ähnlich wie bei einer Gerichtsstandsvereinbarung – ein Anklicken genügen kann.⁴⁸⁶ Da Verweisungs- und Hauptvertrag eigenständige Verträge sind, ist auch die Formfrage selbständig zu beurteilen.⁴⁸⁷ Seit langem ist anerkannt, dass die Vereinbarung des anwendbaren Rechts **nicht der Form des abgeschlossenen Hauptvertrages** bedarf.⁴⁸⁸ Auch die stillschweigende Rechtswahl unterliegt keiner Form.⁴⁸⁹ Eine stillschweigende Rechtswahl kann daher auch für schuldrechtliche Grundstücksgeschäfte, welche nach dem jeweiligen Sachrecht formgebunden sind, formlos getroffen werden und die Rechtslage grundlegend verändern.⁴⁹⁰

Die **Unabhängigkeit von Formwirksamkeit des Hauptvertrages und Wirksamkeit der Rechtswahl** hat noch weitere Konsequenzen. Insbesondere kann der Parteiwille zur Maßgeblichkeit einer Rechtsordnung führen, nach der der Hauptvertrag formnichtig ist (→ Rn. 109).⁴⁹¹ In diesen Fällen liegt trotz wirksamer Rechtswahl ein nichtiger Hauptvertrag vor. Gleichwohl kann eine stillschweigende Vereinbarung dieser Rechtsordnung anzunehmen sein. Sie ist bei Kenntnis der Parteien von der Nichtigkeit jedenfalls dann nicht ausgeschlossen, wenn die Parteien auf die Einhaltung ihrer gegenseitigen Verpflichtungen vertraut haben.⁴⁹² Zu anderen Ergebnissen kommt freilich, wer auch hier der im geltenden Recht nicht verankerten *lex validitatis*-Regel folgen will, wonach diejenige Rechtsordnung gelten soll, welche den Parteiwillen honoriert.⁴⁹³ – Im Übrigen verweist Abs. 5 auf Art. 11. Danach gelten grundsätzlich die Formerfordernisse der *lex causae*, der *lex loci actus* oder des gewöhnlichen Aufenthaltsortes (Art. 11 Abs. 1, 2). Dementsprechend sind die Erfordernisse dieser Rechtsordnungen für die Rechtswahl zu beachten.⁴⁹⁴

b) Verbraucherverträge. Für Verträge, die in den Anwendungsbereich von Art. 6 fallen, findet sich in Art. 11 Abs. 4 eine besondere Regelung bezüglich der Form. Danach ist das Recht des Staates maßgebend, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Abs. 4 S. 2). Die Abs. 1, 2 und 3 des Art. 11 gelten nicht (Abs. 4 S. 1). Die Art. 3 ff. Rom I-VO ihrerseits schreiben keine besondere Form für die Rechtswahl vor.

4. Schutz des anderen Vertragsteils (Art. 13). Art. 13 macht von der Maßgeblichkeit des Personalstatuts für Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit (Art. 7 Abs. 1 EGBGB) eine Aus-

⁴⁸³ OLG Nürnberg NJW-RR 1997, 1484 = IPRspr. 1996 Nr. 31 (stillschweigende Rechtswahl); Calliess/*Calliess* Rn. 24; Staudinger/*Hausmann* Art. 10 Rn. 37; ebenso *Vischer/Huber/Oser* IVR Rn. 152 f. So ausdrücklich auch Art. 7 Haager Principles on the Choice of Law in International Contracts 2015.

⁴⁸⁴ OLG Frankfurt IPRax 2019, 241 m. zust. Aufsatz *Mankowski* IPRax 2019, 208; *Rühl* FS Kropholler, 2008, 187 (198); *Ferrari* in *Ferrari IntVertragsR* Rn. 11; *Rauscher/v. Hein* Rn. 6, 44. – Gegen die Einstufung dieses Ergebnisses als Sachnorm, s. *Wandt*, *Rechtswahlregelungen im Europäischen Kollisionsrecht*, 2014, 142 f.; anders *Staudinger/Magnus*, 2016, Rn. 180.

⁴⁸⁵ OLG Frankfurt IPRax 2019, 241 m. Aufsatz *Mankowski* IPRax 2019, 208; *Magnus* in *Graf/Paschke/Stober*, *Das Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen des E-Commerce*, 2002, 25; *Pfeiffer* in *Gounalakis*, *Rechtshandbuch Electronic Business*, 2003, § 12 Rn. 43, 47.

⁴⁸⁶ *Kaufhold* EuZW 2016, 247 (248).

⁴⁸⁷ BGH IPRax 1998, 479 m. Aufsatz *Spickhoff* IPRax 1998, 462 = WM 1997, 1713 (interlokal); *Staudinger/Magnus*, 2016, Rn. 179.

⁴⁸⁸ BGHZ 53, 189 (191) = NJW 1970, 999; BGHZ 57, 337 (338 f.) = NJW 1972, 385 mAnm *Jayme* NJW 1972, 1618; BGHZ 73, 391 (394) = NJW 1979, 1773; OLG München NJW-RR 1989, 663 = IPRax 1990, 320 m. Aufsatz *Spellenberg* IPRax 1990, 295; *BeckOK BGB/Spickhoff* Rn. 15; *Siehr* FS Keller, 1989, 485 (494 f.); *Ferrari* in *Ferrari IntVertragsR* Rn. 11.

⁴⁸⁹ *Mankowski* in *Leible*, *Grünbuch*, 2004, 63 (103).

⁴⁹⁰ *Limmer* in *Reithmann/Martiny IntVertragsR* Rn. 6.814 f.

⁴⁹¹ BGHZ 52, 239 (241) = NJW 1969, 1760; BGHZ 53, 189 (191 f.) = NJW 1972, 385; BGHZ 73, 391 (394) = NJW 1979, 1773; OLG München NJW-RR 1989, 663 = IPRax 1990, 320 m. Aufsatz *Spellenberg* IPRax 1990, 295; OLG Nürnberg NJW-RR 1997, 1484 = IPRspr. 1996 Nr. 31; *Gamillscheg* AcP 157 (1958/59), 303 (307 f.); *Urteils-Anm. Samtleben* NJW 1970, 378; *Marsch*, *Der Favor Negotii im deutschen IPR*, 1976, 57; *Kropholler IPR* § 52 II 2.

⁴⁹² *Soergel/v. Hoffmann* EGBGB Art. 27 Rn. 105; ebenso schon BGHZ 53, 189 (191) = NJW 1970, 999; BGHZ 73, 391 (394) = NJW 1979, 1773.

⁴⁹³ *S. Abend*, *Die lex validitatis im internationalen Vertragsrecht*, 1994, 297 ff.

⁴⁹⁴ Vgl. OLG Celle ZIP 2001, 1724 = IPRspr. 2001 Nr. 31 mAnm *Eckert* EWiR 2001, 1051 betr. *Isle of Man*; *Meyer-Sporenberg* RIW 1989, 347 (349 f.); *Stoll* FS Heini, 1995, 429 (438).

nahme. Im Interesse des Verkehrsschutzes gelten grundsätzlich die Vorschriften des Abschlussortes, sofern die andere Partei den wahren Sachverhalt nicht kannte oder kennen musste. Diese Regelung gilt nunmehr auch für die Rechtswahlvereinbarung.

IX. Probleme des Allgemeinen Teils

- 111 **1. Rück- und Weiterverweisung.** Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts durch ausdrückliche oder stillschweigende Rechtswahl werden Rück- und Weiterverweisung durch Art. 20 ausdrücklich ausgeschlossen. Früher wurde angenommen, dass dies einer Gesamtverweisung durch die Parteien jedoch nicht entgegen steht; → Art. 20 Rn. 5 ff.
- 112 **2. Ordre public.** Bei der ausdrücklichen und stillschweigenden Rechtswahl kommen Verstöße gegen den deutschen ordre public (Art. 21) dann in Betracht, wenn das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung verletzen würde. Zwingende inländische Vorschriften können über Art. 9 durchgesetzt werden. Die Rechtswahl selbst ist jedoch nicht an Art. 21 zu messen.⁴⁹⁵ Überdies wird bei einem ordre public-Verstoß lediglich die Anwendung der anstößigen ausländischen Norm ausgeschlossen und nicht etwa eine objektive Anknüpfung des Vertrages vorgenommen.⁴⁹⁶

Art. 4 Rom I-VO Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht

(1) Soweit die Parteien keine Rechtswahl gemäß Artikel 3 getroffen haben, bestimmt sich das auf den Vertrag anzuwendende Recht unbeschadet der Artikel 5 bis 8 wie folgt:

- a) Kaufverträge über bewegliche Sachen unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.
- b) Dienstleistungsverträge unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.
- c) Verträge, die ein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen sowie die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen zum Gegenstand haben, unterliegen dem Recht des Staates, in dem die unbewegliche Sache belegen ist.
- d) Ungeachtet des Buchstabens c unterliegt die Miete oder Pacht unbeweglicher Sachen für höchstens sechs aufeinander folgende Monate zum vorübergehenden privaten Gebrauch dem Recht des Staates, in dem der Vermieter oder Verpächter seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Mieter oder Pächter eine natürliche Person ist und seinen gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat hat.
- e) Franchiseverträge unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Franchisenehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.
- f) Vertriebsverträge unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Vertriebshändler seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.
- g) Verträge über den Kauf beweglicher Sachen durch Versteigerung unterliegen dem Recht des Staates, in dem die Versteigerung abgehalten wird, sofern der Ort der Versteigerung bestimmt werden kann.
- h) Verträge, die innerhalb eines multilateralen Systems geschlossen werden, das die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 Nummer 17 der Richtlinie 2004/39/EG nach nicht diskretionären Regeln und nach Maßgabe eines einzigen Rechts zusammenführt oder das Zusammenführen fördert, unterliegen diesem Recht.

(2) Fällt der Vertrag nicht unter Absatz 1 oder sind die Bestandteile des Vertrags durch mehr als einen der Buchstabe n a bis h des Absatzes 1 abgedeckt, so unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, in dem die Partei, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat.

(3) Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem nach Absatz 1 oder 2 bestimmten Staat aufweist, so ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.

(4) Kann das anzuwendende Recht nicht nach Absatz 1 oder 2 bestimmt werden, so unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, zu dem er die engste Verbindung aufweist.

⁴⁹⁵ BGHZ 135, 124 (139 f.) = NJW 1997, 1697; anders LG Berlin NJW-RR 1995, 754 = IPRspr. 1994 Nr. 42.

⁴⁹⁶ Anders aber LG Bamberg NJW-RR 1990, 694 = IPRspr. 1990 Nr. 27.

Schrifttum (allgemein): s. auch Vor Art. 1; *Azzi*, La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I, D. 2008, 2169; *Corneloup*, Choix de loi et contrats liés, in *Corneloup/Joubert*, Le règlement communautaire „Rome I“ et le choix de loi dans les contrats internationaux, Paris 2011, 285; *Kaspers*, Die gemischten und verbundenen Verträge im internationalen Privatrecht, 2015; *Magnus*, Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice, in *Ferrari/Leible*, Rome I Regulation, 2009, 27; *Mankowski*, Dépeçage unter der Rom I-VO, FS Spellenberg, 2010, 261; *Mankowski*, The principle of characteristic performance revisited yet again, Liber Amicorum Siehr, Zürich 2010, 433; *Martiny*, Die objektive Anknüpfung atypischer und gemischter Schuldverträge, FS v. Hoffmann, 2011, 283; *Martiny*, Zur Einordnung und Anknüpfung der Ansprüche und der Haftung Dritter im Internationalen Schuldrecht, FS Magnus, 2014, 483; *Nourissat*, Le dépeçage, in *Corneloup/Joubert*, Le règlement communautaire „Rome I“ et le choix de loi dans les contrats internationaux, Paris 2011, 205; *Okoli*, The Significance of the Doctrine of Accessory Allocation As a Connecting Factor Under Article 4 of the Rome I Regulation, JPIL 9 (2013), 449; *Remien*, Engste Verbindung und Ausweichklauseln, in *Leible/Unberath*, Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, 2013, 223.

Schrifttum zu Grünbuch und Verordnungsentwurf: s. 7. Aufl. 2018.

Übersicht

	Rn.		Rn.
A. Normzweck	1	1. Allgemeines zum Dienstleistungsvertrag ..	37
B. Objektive Anknüpfung	4	a) Begriff der Dienstleistung	37
I. System des Art. 4	4	b) Einzelne Dienstleistungsverträge	49
II. Begriff des Vertrages	5	2. Leasing	54
III. Typische, atypische und gemischte Verträge	6	a) Rechtsvereinheitlichung	54
1. Spezifizierte Verträge des Art. 4 Abs. 1 ...	6	b) Vertragsstatut	55
2. Gemischte Verträge	10	3. Auftrag, Geschäftsbesorgung	57
a) Arten der gemischten Verträge	10	4. Werkvertrag, Bauvertrag, Anlagenvertrag ..	59
b) Vertrag mit andersartiger (atypische oder vertragstypische) Nebenleistung ..	12	a) Werkvertrag	59
c) (Typen-)Kombinationsvertrag	13	b) Bauvertrag	62
d) Austauschvertrag mit anderstypischer Gegenleistung	14	c) Anlagenvertrag	65
e) Typenverschmelzungsvertrag	15	5. Consultingvertrag	66
IV. Zusammenhängende Verträge	16	6. Managementvertrag	67
C. Spezifizierte Verträge (Abs. 1)	17	7. Beherbergungsvertrag	68
I. Allgemeines	17	8. Reisevertrag	69
1. Enumeration	17	a) Rechtsvereinheitlichung	69
2. Eingrenzung der Vertragstypen	18	b) Anknüpfung	70
3. Subsumtion unter den spezifizierten Vertragstyp	19	9. Dienstvertrag	72
4. Nicht erfasste Verträge, charakteristischer Leistung und engste Verbindung	20	a) Grundsatz	72
5. Maßgeblicher Zeitpunkt	21	b) Rechts- und Steuerberatung	73
II. Kaufverträge über bewegliche Sachen (Abs. 1 lit. a)	22	c) Arztvertrag	79
1. Rechtsvereinheitlichung	22	d) Unterrichtsverträge	80
a) Einheitliches UN-Kaufrecht	22	10. Maklervertrag	81
b) Einheitliches Europäisches Kaufrecht ..	26	11. Kommissionsvertrag	85
c) Digitaler Binnenmarkt	27	12. Verwahrung, Hinterlegung, Lagergeschäft ..	86
d) Verbrauchsgüterkauf	28	a) Verwahrung	86
e) Haager Kollisionsrechtsübereinkommen ..	29	b) Hinterlegung	87
f) Einheitliche Formulare und Handelsklauseln	31	c) Lagervertrag	88
2. Fahrniskauf nach Abs. 1 lit. a	32	13. Bankgeschäfte	89
a) Vertragsstatut	32	a) Rechtsvereinheitlichung	89
b) Mängelansprüche	36	b) Vertragsstatut	90
III. Dienstleistungsverträge (Abs. 1 lit. b)	37	c) Einzelne Vertragsverhältnisse	91
		14. Lotterie- und Ausspielvertrag	117
		IV. Verträge über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen, Mietverträge oder Pachtverträge unbeweglicher Sachen (Abs. 1 lit. c)	118
		1. Anknüpfung von Grundstücksverträgen ..	118
		2. Einzelne Grundstücksverträge	121
		a) Verträge über dingliche Rechte	121

	R.n.		R.n.
b) Grundstücksmieta und -pacht	126	e) Anknüpfung nach der engsten Verbin-	198
c) Timesharing	132	dung	
d) Grundstücksverwaltung	140	f) Anknüpfung mehrfach erfasster	199
		gemischter Verträge	
V. Mieta oder Pacht unbeweglicher		7. Zeitpunkt	204
Sachen zum vorübergehenden priva-		8. Nichtbestimmbarkeit der charakteristi-	
ten Gebrauch (Abs. 1 lit. d)	141	schen Leistung (Abs. 4)	206
VI. Franchiseverträge (Abs. 1 lit. e)	142	II. Kaufverträge	210
1. Rechtsangleichung	142	1. Allgemeines	210
2. Anknüpfung	143	2. Rechtskauf	211
VII. Handelsvertreter- und Vertriebsver-		3. Unternehmenskauf	212
träge (Abs. 1 lit. b, f)	144	III. Schenkung	214
1. Anknüpfung der Vertriebsverträge	144	IV. Mieta beweglicher Sachen	215
2. Handelsvertretervertrag	146	V. Leihe	216
a) Rechtsangleichung	146	VI. Darlehen	217
b) Anknüpfung	147	1. Rechtsvereinheitlichung	217
3. Vertragshändlervertrag	153	2. Vertragsstatut	218
a) Rechtsangleichung	153	VII. Anleihe	223
b) Anknüpfung	154	VIII. Bürgschaft	230
VIII. Verkauf beweglicher Sachen durch		IX. Garantie	235
Versteigerung (Abs. 1 lit. g)	157	1. Rechtsvereinheitlichung	235
IX. Verträge über Finanzinstrumente		2. Anwendbares Recht	237
innerhalb eines multilateralen Sys-		a) Grundsatz	237
tems (Abs. 1 lit. h)	159	b) Garantie auf erstes Anfordern	239
1. Multilaterale Systeme	159	c) Bestätigte Garantie	240
a) Allgemeines	159	d) Indirekte Garantie und Rückgarantie	241
b) Verträge innerhalb eines multilateralen	165	X. Patronatserklärung	245
Systems		XI. Abstraktes Schuldversprechen	246
c) Maßgeblichkeit des Rechts des multila-	167	XII. Leibrente	247
teralen Systems		XIII. Anweisung	248
d) Finanzdienstleistungen	168	XIV. Verträge über Immaterialgüterrechte	249
2. Einzelne Börsen- und Finanzterminge-		1. Rechtsvereinheitlichung	249
schäfte	169	2. Anknüpfung	250
a) Grundsatz	169	3. Urheberrechtsverträge	252
b) Börsen- und Finanztermingeschäfte ...	170	a) Übertragung des Urheberrechts	252
D. Anknüpfung nach der charakteristi-		b) Zwingende Vorschriften	254
schen Leistung (Abs. 2)	174	c) Verlagsvertrag	258
I. Grundsatz der charakteristischen Lei-		d) Filmverträge	261
stung	174	e) Sonstige Urheberrechtsverträge	268
1. Nicht von Abs. 1 erfasste Verträge (Abs. 2		4. Übertragung gewerblicher Schutzrechte	270
Alt. 1)	174	5. Lizenzverträge	271
2. Ermittlung der charakteristischen Leistung		XV. Know-how-Vertrag	277
a) Begriff der charakteristischen Leistung	175	XVI. Internetverträge	278
b) Vertragstypische Anknüpfung	178	1. Besonderheit der Internetverträge	278
c) Gemischte Verträge im Rahmen von		2. Anknüpfung im Allgemeinen	279
Abs. 2 Alt. 1	182	a) Rechtswahl	279
3. Lokalisierung der charakteristischen Lei-		b) Objektive Anknüpfung	281
stung (Art. 19)	187	c) Verbraucherverträge	282
4. Bedeutung der Anknüpfung	188	d) Zwingende Vorschriften und Eingriffs-	284
5. Schutz der schwächeren Partei	189	normen	
6. Mehrfach erfasste spezifizierte Verträge			
(Abs. 2 Alt. 2)	191		
a) Arten der Verträge	191		
b) Vertrag und Bestandteile	193		
c) Maßgeblicher Beurteilungsgegenstand	195		
d) Vom Vertragstyp zur charakteristischen			
Leistung	197		

	R.n.		R.n.
e) E-Commerce und Herkunftslandprinzip	285	c) Ermittlung der engsten Verbindung ...	317
3. Einzelne Vertragsverhältnisse	286	2. Bedeutung der Anknüpfungen	321
a) Providerverträge	286	3. Anzuwendendes Recht	323
b) Internetdienste	287	4. Abtrennbarkeit eines Teils des Vertrages ..	324
c) Internetauktionen	289	5. Zeitpunkt	325
XVII. Auslobung und Gewinnzusage	290	6. Revisibilität	326
1. Auslobung	290	II. Hinweise auf die engste Verbindung	327
2. Gewinnzusage	291	1. Allgemeines	327
a) Einordnung	291	2. Einzelne Hinweise	329
b) Anknüpfung nach Vertragsrecht	292	a) Gerichtsstandsklausel	329
E. Engere Verbindung (Abs. 3)	294	b) Schiedsklausel	330
I. Allgemeines	294	c) Bezugnahme auf ein Recht	331
II. Ausweichklausel	295	d) Vertragssprache	332
1. Funktion	295	e) Prozessverhalten	333
2. Relevante Umstände	298	f) Abschlussort	334
III. Zusammenhängende und gemischte Verträge	301	g) Erfüllungsort	335
1. Akzessorische Anknüpfung	301	h) Mitwirkung Dritter	336
2. Vertragsverbindung	305	i) Staatsangehörigkeit, gewöhnlicher Aufenthalt	337
3. Zusammengesetzte Verträge	306	j) Beteiligung der öffentlichen Hand	339
4. Angelehnte Verträge	307	k) Währung	340
5. Sicherungsverträge	308	l) Lageort des Vertragsgegenstandes, Flagge	341
6. Ausfüllung von Rahmenverträgen	309	m) Favor negotii	343
7. Vorbereitung des Hauptvertrages	310	n) Hypothetischer Parteiwille	344
8. Gemischte Verträge	311	III. Tausch und Kompensationsgeschäft	345
IV. Zeitpunkt	312	1. Tausch	345
F. Anknüpfung nach der engsten Verbindung (Abs. 4)	313	2. Kompensationsgeschäft	346
I. Grundsatz der engsten Verbindung ..	313	IV. Spiel und Wette	347
1. Engste Verbindung	313	V. Gesellschaftsvertrag	349
a) Begriff	313	VI. Kooperationsvertrag	349
b) Verhältnis zu den anderen Anknüpfungen	315	G. Probleme des Allgemeinen Teils	352
		I. Rück- und Weiterverweisung	352
		II. Ordre public	353
		H. Internationale Zuständigkeit	354

A. Normzweck

Bei Fehlen einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Rechtswahl kann die anzuwendende Rechtsordnung nicht durch die Ermittlung eines subjektiven Parteiwillens, sondern nur auf Grund objektiver Umstände – also im Wege einer objektiven Anknüpfung – ermittelt werden. Grundgedanke des Art. 4, der an die Stelle von Art. 4 EVÜ (Art. 28 EGBGB aF) getreten ist, ist es, Verträge derjenigen Rechtsordnung zu unterstellen, mit der sie am **engsten verbunden** sind.¹

Die Ermittlung der engsten Verbindung, die nach Art. 4 Abs. 1 EVÜ den Ausgangspunkt bildete und sodann durch drei Vermutungen (Abs. 2–4) sowie eine Ausweichklausel (Abs. 5) konkretisiert wurde, machte zuweilen Schwierigkeiten. Wegen der unterschiedlichen Auslegungs- und Kombinationsmöglichkeiten war das Ergebnis häufig nicht voraussehbar. In der **Reformdebatte** wurde insbesondere das Verhältnis von Abs. 1, 2 und Abs. 5 erörtert. Dabei wurde eine Verstärkung der Anknüpfung an die charakteristische Leistung diskutiert und die Frage gestellt,

¹ Rauscher/Thorn Rn. 14. – Ähnlich geht vom „engsten Zusammenhang“ aus Art. 117 Abs. 1 schweiz. IPRG – Näher Siehr in Reichelt, Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, 2007, 69 ff.

ob die Ausweichklausel zu Gunsten der charakteristischen Leistung zurück gedrängt oder ganz beseitigt werden sollte.² Ferner stand die Einführung einer in Abs. 1 lit. d erfolgten besonderen Regel für kurzfristige Mietverträge über Ferienunterkünfte zur Debatte.³ Im Ergebnis setzte sich eine umfangreiche Aufzählung einzelner Verträge in Abs. 1 durch, welche die Anknüpfung nach der charakteristischen Leistung auf den zweiten Rang verdrängte (Abs. 2).⁴ Auf diese Weise soll mehr Berechenbarkeit und Rechtssicherheit erreicht werden (Erwägungsgrund 16).⁵ Die Aufnahme einer Sonderregel für Verträge über geistiges Eigentum scheiterte jedoch (→ Rn. 7). Die **Ausweichklausel**, welche für alle Fälle objektiver Anknüpfung Abweichungen ermöglicht, war zwar zunächst in Art. 4 Rom I-VO-E 2005 gestrichen worden,⁶ wurde aber letztlich erhalten (Abs. 3). Die Generalklausel der **engsten Verbindung** rangiert erst an letzter Stelle (Abs. 4). Trotz aller Bemühungen um Klarheit ist im Ergebnis ein höchst komplexes Gebilde entstanden.

- 3 Die allgemeine Regel des Art. 4 erfasst zwar grundsätzlich alle Schuldverträge. Sie wird jedoch durch eine **Reihe von Vorschriften ergänzt, die nur für einzelne Vertragstypen gelten**. Die Regeln für diese Vertragstypen (insbesondere Art. 5: Beförderungsvertrag, Art. 6: Verbrauchervertrag; Art. 7: Versicherungsvertrag; Art. 8: Arbeitsvertrag) haben den Charakter von *leges speciales*; sie gehen den allgemeinen Regeln vor. Die Anknüpfungen des Art. 4 kommen mithin nur dann zum Tragen, wenn keine Sonderregelung besteht. Zudem bestehen für viele Vertragsverhältnisse besondere Staatsverträge, die Vorrang haben.

B. Objektive Anknüpfung

I. System des Art. 4

- 4 Art. 4 will das richtige Vorgehen bei der Bestimmung des Vertragsstatuts klarstellen. Zwar sollte die komplizierte Struktur des bisherigen Art. 4 EVÜ vereinfacht werden. Inhaltlich sollte sich aber nichts daran ändern, dass das Recht zur Anwendung kommt, mit welchem der Sachverhalt am engsten verbunden ist. Nach Erwägungsgrund 16 sollen die Kollisionsnormen ein hohes Maß an Berechenbarkeit aufweisen, um zum allgemeinen Ziel dieser Verordnung, nämlich zur Rechtssicherheit im europäischen Rechtsraum, beizutragen. Dennoch sollen die Gerichte über ein gewisses Ermessen verfügen, um das Recht bestimmen zu können, das zu dem Sachverhalt die engste Verbindung aufweist. Nach dem Prüfprogramm des Art. 4 ist zuerst danach zu unterscheiden, ob einer der spezifizierten Vertragstypen des Abs. 1 vorliegt (→ Rn. 17 ff.). Ist das nicht der Fall, so ist in zweiter Linie Abs. 2 (charakteristische Leistung) zu prüfen (→ Rn. 174 ff.). Das dabei erzielte Ergebnis kann sodann durch die Ausweichklausel der engeren Verbindung des Abs. 3 korrigiert werden (→ Rn. 294). Lässt sich auch auf diesem Wege kein Ergebnis erzielen, so greift an letzter Stelle die engste Verbindung des Abs. 4 ein (→ Rn. 313 ff.).

II. Begriff des Vertrages

- 5 Auch für Art. 4 Abs. 1 ist zunächst zu beantworten, ob es sich um eine vertragliche Verbindlichkeit handelt. Der Begriff des Vertrages ist ordnungsautonom zu bestimmen. Insofern bestehen beträchtliche Abgrenzungsschwierigkeiten zu Schuldverhältnissen aufgrund gesetzlicher Verpflichtung, die weitgehend der Rom II-Verordnung unterliegen. Abzugrenzen ist auch gegenüber nur einseitigen Verpflichtungen. Die Auseinandersetzung darum wird beispielsweise für die Gewinnzusage (§ 661a BGB) geführt (→ Rn. 291 ff.). Als Vertrag wird die Bindung wenigstens einer Partei angesehen (→ Art. 1 Rn. 7).

² Grünbuch Nr. 3.2.5 in Leible, Grünbuch, 2004, 284 ff.; dazu *Magnus/Mankowski ZVglRWiss* 103 (2004), 131 (158 ff.); *Martiny* in Leible, Grünbuch, 2004, 109 (110 ff.); *Marmisse* in Meeusen/Pertergás/Straetmans, *Enforcement of International contracts in the European Union*, 2004, 262 ff.; *Max Planck Institut RabelsZ* 68 (2004), 39 ff.

³ Grünbuch Nr. 3.2.6 in Leible, Grünbuch, 2004, 286 f. – S. *Martiny* in Leible, Grünbuch, 2004, 109 (121 ff.); *Max Planck Institut Law RabelsZ* 68 (2004), 45 ff. – Abl. etwa *Magnus/Mankowski ZVglRWiss* 103 (2004), 131 (162 f.); *Wilderspin* in Fuchs/Muir Watt/Pataut, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, 2004, 173, 182.

⁴ Dazu krit. *Max-Planck-Institut RabelsZ* 71 (2007), 258 ff.

⁵ *Garcimartín Alférez* *EurLegForum* 2008, I-61 (I-68 f.).

⁶ Krit. dazu *Ferrari* in Ferrari/Leible, *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, 2007, 57 (72 ff.); *Mankowski IPRax* 2006, 101 (105 f.); *Max-Planck-Institut RabelsZ* 71 (2007), 257 ff.

III. Typische, atypische und gemischte Verträge

1. Spezifizierte Verträge des Art. 4 Abs. 1. Unter Art. 4 fallen typische, atypische und gemischte Verträge. Art. 4 Abs. 1 stellt die Anknüpfung für acht im Einzelnen aufgezählte, „spezifizierte“ („specified“, „catégories définies“) Vertragsverhältnisse ausdrücklich klar. Nach dem Vertragsgegenstand unterschieden und gesondert genannt werden der Warenkauf (Abs. 1 lit. a), Dienstleistungen (Abs. 1 lit. b), Miete und Pacht unbeweglicher Sachen (Abs. 1 lit. c, d), Franchiseverträge (Art. 1 lit. e), Vertriebsverträge (Abs. 1 lit. f), der Kauf auf Versteigerungen (Abs. 1 lit. g) sowie Verträge über Finanzinstrumente (Abs. 1 lit. h). Dabei handelt es sich vielfach – aber nicht nur – um Konkretisierungen bzw. Festlegungen der charakteristischen Leistung.⁷ Der Lageort unbeweglichen Vermögens und der Schutz des Schwächeren spielen ebenfalls eine Rolle. Da sich die Benennung einzelner Verträge nur teilweise mit den Vertragstypen des Sachrechts deckt, sind die sachrechtlichen Einteilungen vielfach andere und für das Kollisionsrecht nur von begrenzter Bedeutung.

Eine Rechtfertigung für die **Aufnahme eines Vertragstyps in den Katalog des Abs. 1** ist sicherlich seine Wichtigkeit. Gleichwohl sind der Zuschnitt der einzelnen Kategorien und ihr Umfang nicht frei von Willkür. Als Beispiele seien nur die gescheiterte Sonderregelung für Verträge über geistiges Eigentum (Abs. 1 lit. f Rom I-VO-Entwurf)⁸ sowie die von vornherein nicht gesondert aufgenommene Kategorie der Sicherungsverträge⁹ genannt. Andere Vertragsarten als die in Abs. 1 lit. a–h sowie Art. 5–8 aufgeführten werden in der Rom I-VO nicht besonders normiert. Eine einheitliche Bezeichnung für die nicht gesondert erfassten Verträge hat sich noch nicht herausgebildet. Im IVR werden die von den Anknüpfungsregeln nicht besonders erfassten Verträge zum Teil als Innominatverträge angesehen.¹⁰ Man zögert, von „atypischen Verträgen“ zu sprechen,¹¹ da die Liste des Abs. 1 doch recht kurz und unsystematisch ist. Ähnliches gilt für den Ausdruck „Innominatvertrag“, was zudem an das Sachrecht denken lässt.¹² Unmissverständlich dürfte der Ausdruck „nicht spezifizierte“ Verträge sein. Eine europäische Ordnung der Arten der Verträge für kollisionsrechtliche Zwecke wird sich nicht vermeiden lassen. Andererseits ist ein starker Bezug zu den einzelnen Sachrechten offensichtlich.

Ferner ist zu bestimmen, ob vom **Vorliegen nur eines einzigen Vertrages** ausgegangen werden kann oder ob mehrere vertragliche Verpflichtungen bestehen.¹³ Zwar richtet sich, ob ein Vertrag zustande gekommen ist, nach dem Vertragsstatut und damit letztlich nach dem anwendbaren Sachrecht (Art. 10 Rom I-VO). Gleichwohl sollten die Voraussetzungen dafür, ob nur ein einziger Vertrag gegeben ist oder ob mehrere anzunehmen sind, einheitlich bestimmt werden. Die Tatsache, dass mehrere Verpflichtungen in einer Urkunde enthalten sind, reicht noch nicht aus, von einem einzigen Vertrag auszugehen. Sind die einzelnen Verpflichtungen aber miteinander verknüpft und aufeinander bezogen, so spricht das für nur einen einzigen Vertrag. Im Einzelnen können hier schwierige Abgrenzungsfragen entstehen.¹⁴ Der Zusammenhang zweier Verträge kann nach Abs. 3 berücksichtigt werden (→ Rn. 301 ff.).

Das EVÜ erlaubt bei komplexen Vertragsverhältnissen eine **ausnahmsweise Abspaltung** (**dépeçage**) einzelner Bestandteile (Art. 4 Abs. 1 S. 2 EVÜ). Als Beispiel waren aus mehreren Verpflichtungen und Ansprüchen zusammengesetzte Vertragsverhältnisse genannt worden.¹⁵ Allerdings blieb die Tragweite dieser Ausnahme unklar.¹⁶ Eine Abspaltung ist zwar eine denkbare Lösung für gemischte Ver-

⁷ *Bonomi* YbPIL 10 (2008), 165 (174); *Wagner* IPRax 2008, 377 (382); *Ferrari* in Ferrari IntVertragsR Rn. 11.

⁸ Näher *de Miguel Asensio* YbPIL 10 (2008), 199 ff.; *Torremans* JPIL 4 (2008), 397 (402 ff.); *Wagner* IPRax 2008, 377 (384 f.); *Mankowski* in Leible/Ohly, Intellectual property and private international law, 2009, 31 ff.; *Max-Planck-Institut* RabelsZ 71 (2007), 263 ff.; *Nishitani* in Ferrari/Leible, Rome I Regulation, 2009, 55 ff.; *Obergfell* in Reithmann/Martiny IntVertragsR Rn. 6.1050 f.; *McParland*, The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations, 2015, Rn. 10.410 ff.

⁹ In der entsprechenden schweizerischen Aufzählung Art. 117 Abs. 3 lit. e IPRG.

¹⁰ So *Siehr* IPR 207 ff.; *Vischer/Huber/Oser* IVR Rn. 670.

¹¹ Gegen die Verwendung dieser Kategorie für die Rom I-VO *Kaspers*, Die gemischten und verbundenen Verträge im internationalen Privatrecht, 2015, 30.

¹² Vgl. für die Schweiz *Kren Kostkiewicz* Liber Amicorum Siehr, 2010, 361 ff.

¹³ Vgl. auch *Lando/Nielsen* C.M.L. Rev. 45 (2008), 1687 (1703 f.).

¹⁴ Vgl. zu Verträgen über geistiges Eigentum *Torremans* JPIL 4 (2008), 397 (406 ff.); *Fawcett/Torremans*, Intellectual property and private international law, 2. Aufl. 2011, Rn. 14.55 ff.

¹⁵ Bericht *Giuliano/Lagarde* über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EG 1980 C 282, 1 (23).

¹⁶ S. nur EuGH Slg. 2009, I-9687 = IPRax 2010, 236 m. Aufsatz *Rammelo* IPRax 2010, 215 = Rev. crit. dr. int. pr. 99 (2010), 199 mAnm *Lagarde* = TranspR 2009, 491 mAnm *Mankowski* = IHR 2010, 128 m. Aufsatz *Mankowski* IHR 2010, 89 = Riv. dir. int. priv. proc. 46 (2010), 514 m. Aufsatz *Re Riv. dir. int. priv. proc.* 46 (2010), 407 = GPR 2011, 48 mAnm *Martiny* – Intercontainer Interfrigo/Balkenende Oosthuizen.

träge; sie führt aber zur Anwendung mehrerer Rechtsordnungen, damit zu Reibungen und zu potenziellen Widersprüchen.¹⁷ Sie ist nach der Rom I-VO auch für gemischte Verträge nicht vorgesehen und nicht zulässig¹⁸ (→ Rn. 297, → Rn. 324). Die im Sachrecht verbreitete Kombinationsmethode, die zur Anwendung unterschiedlicher Regeln führt,¹⁹ ist im internationalen Vertragsrecht, wo sie sogar die Anwendung unterschiedlicher Rechtsordnungen zur Folge haben kann, von zweifelhaftem Wert. Die angestrebte einheitliche Anknüpfung mit möglichst einheitlicher Rechtsanwendung lässt vielmehr eine weitgehende Verwendung der Absorptionsmethode als plausibel erscheinen.

- 10 **2. Gemischte Verträge. a) Arten der gemischten Verträge.** Kollisionsrechtlich sind gemischte Verträge – ähnlich wie im Sachrecht²⁰ – solche, bei denen zwar nur ein **einheitlicher Vertrag** vorliegt, sich aber mindestens eine der Parteien zu mehreren verschiedenartigen (gleichwertigen) Hauptleistungen bzw. (mindestens) einer Nebenleistung verpflichtet oder die Leistung und die Gegenleistung verschiedenen Vertragsarten angehören oder aber mehrere Vertragstypen miteinander verschmolzen werden.²¹ Des Öfteren ist zweifelhaft, ob man für atypische und gemischte Vertragsverhältnisse noch eine charakteristische Leistung ermitteln kann oder auf die engere oder engste Verbindung ausweichen muss. Daher war man bislang bei der Anknüpfung in der Begründung durchaus flexibel. Das gleiche Ergebnis wurde oft von den einen noch mit der charakteristischen Leistung begründet, während andere mit der engeren Verbindung argumentierten (etwa für Urheberrechtsverträge; → Rn. 253). Auch die Übergänge zu den zusammenhängenden Verträgen sind fließend (→ Rn. 301 ff.). Die Rom I-VO zwingt wegen der Aufzählung in Abs. 1 und der besonderen Regel bei Mehrfacherfassung (Abs. 2 Alt. 2) zu einer genaueren Einordnung. Bei der gesetzestechnischen Einordnung gemischter Verträge lassen sich im Wesentlichen **drei unterschiedliche Konstellationen** unterscheiden:²² (1) Es handelt sich um einen spezifizierten Vertragstyp iSd Abs. 1. Hinzu kommt noch ein nicht-spezifizierter Vertragsbestandteil (→ Rn. 12). (2) Es handelt sich um mehrere Bestandteile, die unterschiedlichen spezifizierten Vertragstypen zuzuordnen sind (→ Rn. 191 ff.). (3) Schließlich kann es um die Beurteilung von Bestandteilen nicht in Art. 4 Abs. 1 genannter Vertragstypen bzw. Verträge gehen (→ Rn. 182 ff.).
- 11 Der Fall, dass ein **Vertragsbestandteil vom Katalog des Abs. 1 erfasst wird**, der andere hingegen nicht, ist nicht besonders gesetzlich geregelt. Auch hier dürfte auf das Schwergewicht des Vertrages abzustellen sein (→ Rn. 196). Liegt es auf dem spezifizierten Vertragsbestandteil, so kommt es zu einer Anknüpfung daran.²³ Scheitert diese Anknüpfung, so ist grundsätzlich die charakteristische Leistung nach Abs. 2 zu ermitteln. Ist auch das nicht möglich, so ist die engste Verbindung nach anderen Kriterien festzustellen (Abs. 4). Ob insoweit eine – wie auch immer geartete – unionsrechtliche Systematik der gemischten Verträge eine Rolle spielen wird, ist noch ungewiss. In Anlehnung an sachrechtliche Einteilungsversuche (→ BGB § 311 Rn. 24 ff.) lassen sich die Verträge jedenfalls in mehreren Gruppen zusammenfassen.
- 12 **b) Vertrag mit andersartiger (atypische oder vertragstypische) Nebenleistung.** Ein Beispiel für einen Vertrag mit andersartiger (atypischer oder vertragstypischer) Nebenleistung ist etwa, dass zusätzlich zu einem Verkauf einer beweglichen Sache noch erhebliche Dienstleistungen erbracht werden. Gehört die von einer Partei zu erbringende Hauptleistung einem in Abs. 1 genannten Vertragstyp an, hat sie daneben aber noch eine andersartige Nebenleistung zu erbringen, so darf die **unselbständige Nebenleistung nicht entscheiden**. Maßgeblich ist (insoweit mit dem Absorptionsprinzip übereinstimmend) allein das Statut der bedeutenderen Hauptleistung;²⁴ eine Subsumtion unter Art. 4 Abs. 1 ist nicht ausgeschlossen (→ Rn. 19). Die Übergänge zu anderen gemischten Verträgen sind fließend.²⁵
- 13 **c) (Typen-)Kombinationsvertrag.** Beim (Typen-)Kombinationsvertrag schuldet eine Partei **mehreren Vertragstypen entsprechende** und im Wesentlichen gleichwertige Hauptleistungen.

¹⁷ Eine ausnahmsweise Entflechtung bewerten positiv *Vischer/Huber/Oser* IVR Rn. 257.

¹⁸ *Leible/Lehmann* RIW 2008, 528 (536); *Strikwerda* NIPR 2009, 411 (415); *Nourissat* in Corneloup/Joubert, *Le règlement communautaire „Rome I“ et le choix de loi dans les contrats internationaux*, 2011, 205 (208 ff.); *Kaspers*, *Die gemischten und verbundenen Verträge im internationalen Privatrecht*, 2015, 46 ff.; *Staudinger/Magnus*, 2016, Rn. 96; anders *Mankowski* IHR 2010, 89 (90 ff.); *Mankowski* FS Spellenberg, 2010, 261 (267 ff.); anders auch zum Teil für Derivate *Wilhelmi* RIW 2016, 253 (258 ff.).

¹⁹ *S. Martiny* FS v. Hoffmann, 2011, 283 (285 ff.).

²⁰ *S. Martiny* FS v. Hoffmann, 2011, 283 (292 ff.).

²¹ Dazu v. *Bar/Mankowski* IPR II § 1 Rn. 329; *Soergel/v. Hoffmann* EGBGB Art. 28 Rn. 35 ff.

²² Ebenso *Kaspers*, *Die gemischten und verbundenen Verträge im internationalen Privatrecht*, 2015, 33.

²³ *Kaspers*, *Die gemischten und verbundenen Verträge im internationalen Privatrecht*, 2015, 36; *Staudinger/Magnus*, 2016, Rn. 104.

²⁴ *Kaspers*, *Die gemischten und verbundenen Verträge im internationalen Privatrecht*, 2015, 36.

²⁵ Vgl. *Stimmel* GRUR Int 2010, 783 (785).