

Kapitel 2

Internationales Bau- und Architektenvertragsrecht

§ 4 Bauvertragsstatut

Schrifttum

Audit, *Droit International privé*, 3. Auflage, Paris 2000; Berger, *The Practice of Transnational Law*, 2001; Bonell, *Das autonome Recht des Welthandels, Rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte*, *RabelsZ* 42 (1978), 485 ff.; Böckstiegel (hrsg.), *Vertragsgestaltung Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau*, 1984; Brabant, *Le contrat international de construction*, Brüssel 1981; Britton, *Oxalic Acid and the Applicable Law: The Rome Convention and Construction*, *ICLR* 2003, 381 ff.; Britton, *The right law for construction? Choice of law and European Reform*, *ICLR* 2008, 347; Britton, *The right law for construction? Choice of law and European Reform: Update*, *ICLR* 2008, 518; Britton, *Choice of Law: A happy end*, *ICLR* 2009, 359; Brödermann, *Die erweiterten Unidroit Principles* 2004, *RIW* 2004, 721; Bunni, *The FIDIC Form of Contract*, 2. Auflage, London 1997; Dicey & Morris, *The Conflict of Laws*, Vol. I + II, 13. Auflage, London 2000; Dünneberger, *Vertrag zur Errichtung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr*, 1984, Ehlers, *Welches nationale Recht gilt bei binationalen Bauaufträgen*, *NZBau* 2002, 19; Glavinis, *Le contrat international de construction*, Paris 1993; Hök/Manterfeld, *Internationales Bau- und Architektenrecht in: Korbion, Bau-recht*, Köln 2005; Hök, *Neues zum Internationales Privatrecht des Bauvertrages*, *ZfBR* 2000, 7 ff.; Hök, *Internationales und Europäisches Baurecht-Bericht 2000–2002*, *ZfBR* 2002, 430; Hök, *Risiken und Sicherheiten im grenzüberschreitenden Geschäft*, *BauRB* 2004, 346; Hök, *Anm. zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.09.2003*, 23 U 218/02, *BauRB* 2004, 295; Hök, *Neues Europäisches Internationales Baurecht*, *ZfBR* 2008, 741 ff.; Hök, *Zum Sitz des Rechtsverhältnisses beim internationalen Bau- und Architekten-vertrag*, *ZfBR* 2006, 741 ff.; Jacquet/Delebecque/Corenloup, *Droit du commerce international*, 2. Auflage, Paris 2010; Kartzke, *Internationales Erfüllungsortsgerichtsstand bei Bau- und Architektenverträgen*, *ZfBR* 1994, 1; Kötz, *Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht*, *RabelsZ* 34 (1970), 663 ff.; Kulick, *Auslandsbau*, Stuttgart 2003; Markowsky, *Der Bauvertrag im internationalen Rechtsverkehr*, Diss 1997; Mankowski, *Die Rom-I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge*, *IHR* 2008, 133; Martiny, *Anwendbares Recht für internationale Bauverträge*, *BauR* 2008, 241 ff.; Martiny, *Neues deutsches internationales Vertragsrecht*, *RIW* 2009, 737 ff.; Nuyts, *Les contrats relatifs aux immeubles en droit international privé conventionnel européen*, *Rev.dr.int. et dr.comp.* 2000, 143; Reithmann/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 7. Auflage, Köln 2010; Schmitthoff, *Das neue Recht des Welthandels*, *RabelsZ* 28 (1964), 47 ff.; Sonnenberger, *Privatrecht und Internationales Privatrecht im künftigen Europa: Fragen und Perspektiven*, *RIW* 2002, 489; Spickhoff, *Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten*, *RabelsZ* 56 (1992), 116 ff.; Thode/Wenner, *Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht*, Köln 1998; Thode, *Die Bedeutung des neuen internationalen Vertragsrechts bei grenzüberschreitenden Bauverträgen*, *ZfBR* 1989, 45; Vetter, *Kollisionsrechtliche Fragen bei grenzüberschreitenden Subunternehmerverträgen im Industrieanlagenbau*, *ZvglRWiss* 87 (1988), 248 ff.; Wenner, *Die objektive Anknüpfung grenzüberschreitender Verträge im deutschen Internationalen Anlagen- und Bauvertragsrecht*, FS Jagenburg, München 2000, 205; Werner /Pastor, *Bauprozess*, 12. Auflage, Neuwied 2008.

Inhaltsübersicht

I.	Vorbemerkung zum Internationalen Schuldrecht...	1	III.	Rechtswahlfreiheit.....	21
1.	Die Konvention von Rom (EVÜ) und die Verordnung Rom I	2	1.	Parteiautonomie	22
2.	Rechtswahlfreiheit.....	6	2.	Art der Vereinbarung	25
3.	Objektive Anknüpfung.....	8	3.	Ermittlung des stillschweigenden Parteiwillens.....	26
4.	Internationales Bauvertragsrecht.....	10	a.	Bestimmtheitsanforderungen	27
a.	Vermutungsregeln.....	11	b.	Allgemein anerkannte Indizien	28
b.	Deutsches IPR	12	c.	Bauvertrag	29
c.	Rechtswahl	13	d.	Compliance-Regelungen.....	30
5.	Lex mercatoria	14	4.	Vertragsauslegung.....	31
II.	Einführung zur Rechtswahlfreiheit.....	17	5.	Nachträgliche Rechtswahl	33
1.	Rechtsgrundlagen.....	17	6.	Internationales Einheitsrecht.....	34
2.	Rechtsentwicklung.....	19	7.	Multiple Rechtsordnungen.....	35
3.	Deutsches IPR	20	8.	Reichweite des Vertragsstatuts	36

9. Praxishinweis	37	2. Zur Anknüpfung des Bauvertrages	53
a. Bedeutung der Rechtswahl	38	a. Von den Schwierigkeiten der	
b. Neutrales Recht	39	Anknüpfung	54
c. Parteiinteressen	40	aa. Charakter des Rechtsverhältnisses	56
IV. Das objektive Vertragsstatut	41	bb. Auslandsberührung	59
1. Einleitung	42	b. Schwerpunkt des Bauvertrages	60
a. Vermutungsregelungen	44	aa. Standardvertragswerke	62
b. Bauvertrag ohne Eigentumsverschaf-		bb. Emanzipation des Bauvertrages	64
fungspflicht	45	c. Die deutsche Praxis	65
c. Altes Recht: Bauvertrag mit Eigentums-		d. Stellungnahme	66
verschaffungspflicht	49	3. Sonderanknüpfung von Spezialnormen	74
d. Atypische Beziehungen	50		

I. Vorbemerkung zum Internationalen Schuldrecht

- 1 Das **Internationale Privatrecht** ist bislang unverzichtbarer Bestandteil aller Rechtsordnungen; es ist denknotwendig vorhanden, es sei denn man wollte leugnen, dass es in anderen Staaten „Recht“ gibt. Es verschwindet erst, wenn die Verschiedenheit der Privatrechte endet, weil ein überall geltendes Weltprivatrecht eingeführt wird¹. Es kann weder durch eine imaginäre *lex mercatoria* noch durch den Verzicht der Parteien auf eine anwendbare Rechtsordnung entbehrlich gemacht werden, wenngleich Molineaux² überaus überzeugend Grundinhalte einer *lex mercatoria constructionis* zusammengefasst hat. Zwar ist nicht zu leugnen, dass es in der Schiedsgerichtspraxis³ und sogar in staatlichen Gerichtsentscheidungen⁴ hin und wieder Ansätze dazu gibt, Streitigkeiten ohne ausdrückliche Referenz zu einem anwendbaren Recht beizulegen. Doch letztlich macht die Existenz internationaler Sitten und Gebräuche es keinesfalls entbehrlich, den Vertrag an ein staatliches Recht anzuknüpfen. Ansonsten würde es sich um einen Vertrag ohne Recht handeln⁵, dessen Durchsetzbarkeit bezweifelt werden muss⁶. Sitten und Gebräuche können das nationale Recht allenfalls in den von ihm zugelassenen Grenzen verdrängen⁷. Fehlt es an zwingend anwendbarem staatlichem Recht und steht ein solches der Anwendung der *lex mercatoria* nicht entgegen, können anerkannte Handelsbräuche und Übungen zur Anwendung kommen⁸. Sie sind aber auch in einzelnen Rechtsordnungen durchaus Rechtsquelle (vgl. Art. 1 Code Civil (Ägypten)).

Beispiel: Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben

1. Die Konvention von Rom (EVÜ) und die Verordnung Rom I

Schrifttum

Britton, Oxalic Acid and the Applicable Law: The Rome Convention and Construction, ICLR 2003, 381; Britton, The Right Law for Construction? Choice of Law and European Reform, ICLR 2008, 347; Britton, The Right Law for Construction? Choice of Law and European Reform: Update, ICLR 2008,

¹ Kegel/Schurig, IPR, § 1 III.

² Molineaux, Charles, Moving Toward a Lex Mercatoria – A Lex Constructionis, 14 J. Int'l Arb. 1997, No. 1, 55 ff.

³ ICC Urteil Nr. 8486, Clunet 1998, 1047; Chaillé de Néré, Les difficultés d'exécution du contrat, Rn. 147; Schilf IHR 2004, 236 ff.

⁴ Tan Hung Nguyen v. Luxury Design Homes [2004] NSWCA 178; vgl. Kuijer, „Een vergelijking van 'hardship' uit de UNIDROIT-regeling met de onvoorziene omstandigheden uit artikel 6:258 van het BW“, Ars Aequi (1996) p. 16, 19; Zur weiteren Diskussion über die Rechtsnatur der UP und die Möglichkeiten zur Vereinbarung der UP siehe Heidemann, Methodology of Uniform Contract Law, Heidelberg 2007, 149 ff.

⁵ Vgl. dazu Wengler Rev.crit. DIP 1982, 467.

⁶ Vgl. Mankowski RIW 2011, 30 ff.

⁷ Chaillé de Néré, Les difficultés d'exécution du contrat, Rn. 147.

⁸ Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 177.

347; Britton, Choice of Law: A happy ending?, ICLR 2009, 359; Firsching, Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR-VertrgsÜ) vom 11.6.1980, IPRax 1981, 37 ff.; Gaudement-Tallon, Le nouveau droit international privé européen des contrats, RTD eur. 1981, 250; Lagarde, Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, Rev.crit.dr.int.pr. 1991, 311 ff.; Martiny, Neues deutsches internationales Vertragsrecht, RIW 2009, 737; Martiny, Anwendbares Recht für internationale Bauverträge, BauR 2008, 241; Mankowski, Die Rom I Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133; Mankowski, Rom I und Schiedsverfahren, RIW 2011, 30

Internationales Privatrecht ist im Kern nationales (Verweisungs-) Recht. Im Interesse 2 des internationalen Entscheidungseinklanges besteht aber der Wunsch nach Rechtsvereinheitlichung. Innerhalb der Europäischen Union wurde das Internationale Schuldvertragsrecht zunächst durch die Konvention von Rom vom 19. Juni 1980⁹ (EVÜ) vereinheitlicht¹⁰. Das deutsche Zustimmungsgesetz zum EVÜ bestimmte, dass das Übereinkommen in Deutschland keine unmittelbare Anwendung fand. Innerstaatlich wurde das EVÜ daher in den Art. 11, 27 bis 37 EGBGB a.F. umgesetzt. Unvereinheitlicht blieb das außervertragliche Schuldrecht. In beiden Bereichen hat der Europäische Gesetzgeber nach umfangreichen Vorarbeiten¹¹ zwischenzeitlich rechtsvereinheitlichende Verordnungen erlassen. Zu nennen sind die Europäische **Verordnung 864/2007** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf **außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht** („Rom II“) und die Europäische **Verordnung 593/2008** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf **vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht** (Rom I).

Der Text des Römischen Übereinkommens (EVÜ) galt in der Bundesrepublik Deutschland nicht unmittelbar, denn der Gesetzgeber hat in Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19.06.1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 25. Juli 1986¹² die Zustimmung zu dem Übereinkommen mit der Maßgabe erklärt, dass die in den Artikeln 1 bis 21 des Übereinkommens enthaltenen Vorschriften innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung finden. Das EVÜ wurde mit Gesetz vom 25. Juli 1986¹³ in das nationale deutsche Recht umgesetzt. Das Übereinkommen ist dagegen erst zum 1. April 1991 in Kraft getreten¹⁴. Das deutsche internationale Recht der Schuldverträge war daher in den Artikeln 27 bis 37 EGBGB a.F. kodifiziert und streng genommen rein nationales Recht. 3

Am 11.1.2009 trat die Europäische **Verordnung 864/2007** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf **außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht** („Rom II“) in Kraft. Am 17.12.2009 folgte die Europäische **Verordnung 593/2008** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf **vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht** (Rom I) nach. Damit ist die Vereinheitlichung des europäischen Kollisionsrechts für außervertragliche und vertragliche Schuldverhältnisse weitgehend abgeschlossen. Das EVÜ wurde im Verhältnis zu allen Europäischen Staaten mit Ausnahme Dänemarks aufgehoben.

⁹ BGBl 1986 II, 810.

¹⁰ Das Übereinkommen trat am 1. April 1991 im Verhältnis zu Belgien, Dänemark, Frankreich, Italien, Luxemburg und dem Vereinigten Königreich in Kraft. Es gilt heute auch für die Niederlande (seit dem 1. September 1991) und Irland (seit dem 1. Februar 1992) sowie für Griechenland (seit dem 1. April 1991, allerdings in der Fassung des Beitrittsübereinkommens vom 10. April 1984).

¹¹ Vgl. Kohler IPRax 2003, 401, 407; Grünbuch KOM (2002) 654 endgültig.

¹² BGBl 1986 II, Seite 809.

¹³ BGBl 1986 I, Seite 1142.

¹⁴ Bek. v. 12.07.1991, BGBl 1991 II, 871.

- 4 Obwohl das EVÜ das Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten vereinheitlicht hatte, waren nationale **Unterschiede** festzustellen. Es fehlte bis vor kurzem an einer zentralen und übergeordneten Auslegungskompetenz (Alleinzuständigkeit der nationalen Gerichte)¹⁵ und die maßgeblichen sprachlichen Fassungen eröffneten unterschiedliche Auslegungsspielräume. So regelte z.B. die englische Fassung des Art. 3 Abs. 1 EVÜ, dass sich der stillschweigende Parteiwille „with reasonable certainty“ aus dem Vertrag ergeben muss, während die französische Fassung von „de façon certaine“ sprach, woraus viele Kommentatoren gegenüber dem deutschen und dem englischen Text einen strengeren Maßstab für die Feststellung eines stillschweigenden Parteiwillens ableiteten¹⁶. Hinzu kommen seit jeher unterschiedliche Ansichten zu den Grundlagen des IPR, also z.B. Unterschiede bei der Art der Anknüpfung (selbständige oder unselbständige Anknüpfung akzessorischer Rechtsverhältnisse). Die Folge ist, dass in Frankreich die **Bürgerschaft** mangels ausdrücklicher Rechtswahl dem Statut der besicherten Forderung unterliegt¹⁷, während in Deutschland an den Sitz des Bürgen angeknüpft wird.

Beispiel: Der Staat Kongo beauftragt den Bau einer Fernstraße und es verbürgt sich die französische Bank F für die Werklohnforderung. Auf den Bauvertrag findet vereinbarungsgemäß das „neutrale“ schweizerische Recht Anwendung. Nach deutschem IPR würde sich der Einwand der Vorklage aus dem französischen Recht ergeben, weil das Recht am Sitz der Bank durchgreift. Nach französischem IPR müsste mangels anderweitiger Anhaltspunkte im Einzelfall schweizerisches Recht beurteilen, ob der Einwand der Vorklage besteht.

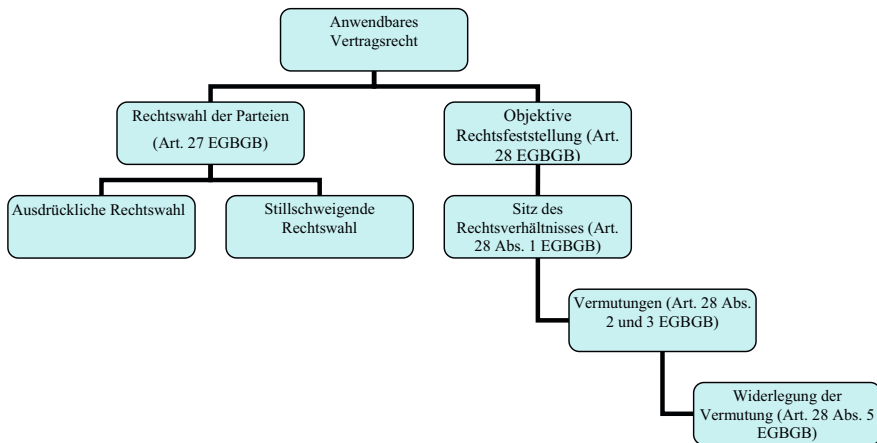


Abb. 1.1. Stufenleiter Vertragsstatut

- 5 Bis zum Inkrafttreten der Verordnung Rom I konnte das anwendbare Recht nach der in Abb. 1.1 dargestellten Stufenleiter ermittelt werden.

¹⁵ Erst die beiden Auslegungsprotokolle zum EVÜ vom 19.12.1988, die beide am 1.8.2004 in Kraft traten, verschafften dem EuGH die Auslegungshoheit. Erst seither war eine einheitliche Anwendung des EVÜ in den Vertragsstaaten sichergestellt.

¹⁶ Vgl. Britton ICLR 2003, 381, 399; zur Auslegung in Deutschland siehe zuletzt OLG München, Urt. v. 13.1.2009 – 5 U 2283/08, Neck RS 2009, 04136 sowie dazu Rauscher/Pabst NJW 2009, 3614, 3616.

¹⁷ Cass.civ., 01.07.1981, Bull.civ. I n° 121; Jacquet/Delebecque/Corneloup, Droit du Commerce International, Rn. 919; vgl. auch Dicey & Morris, The Conflict of laws, 32-123.

Fehlerhaft war es¹⁸,

- auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen¹⁹
- den Erfüllungsort als allein ausschlaggebendes Merkmal heranzuziehen²⁰
- in den Erwägungen zu Art. 28 Abs. 5 EGBGB auf den stillschweigenden Parteiwillen zurück zu greifen²¹.

Zur Feststellung des Vertragsstatuts war entweder auf Art. 27 EGBGB (Art. 3 EVÜ) oder auf Art. 28 EGBGB (Art. 4 EVÜ) abzustellen²². Auf Verträge, die nach dem 17.12.2009 geschlossen werden, findet nunmehr die Verordnung Rom I Anwendung. Sie bevorzugt gegenüber der allgemeinen Regel des EVÜ eine vertragstypenbezogene Anknüpfung und listet in Art. 4 Abs. 1 Rom I zahlreiche Vertragstypen mit entsprechenden Verweisungsregeln auf. Hilfsweise ist an die vertragscharakteristische Leistung anzuknüpfen (Art. 4 Abs. 2 Rom I). Ist eine vertragstypenbezogene Anknüpfung und die Anknüpfung an die vertragscharakteristische Leistung ausgeschlossen, weil ein sogenannter unbenannter Vertrag vorliegt, muss an die engste Beziehung des Vertragsverhältnisses angeknüpft werden (Art. 4 Abs. 4 Rom I). Falls eine dieser Anknüpfungen offensichtlich nicht einer engeren Beziehung des Vertragsverhältnisses zu einer anderen Rechtsordnung Rechnung trägt, kann auch diese offensichtlich engere Beziehung ausschlaggebend sein (Art. 4 Abs. 3 Rom I).

2. Rechtswahlfreiheit. Die Konvention von Rom (EVÜ) und Art. 3 Rom I bekräftigen das weithin anerkannte Prinzip der **Privatautonomie**²³. In Deutschland wurde es in Art. 27 EGBGB umgesetzt; seit dem 17.12.2009 gilt unmittelbar Art. 3 Rom I. Die Parteien können grundsätzlich das auf den Vertrag anwendbare Recht frei wählen (Art. 3 EVÜ, Art. 3 Rom I). Die Konvention und die Verordnung Rom I lassen den Parteien praktisch unbegrenzte Freiheit, das gewünschte Recht zu vereinbaren. Sie können sich auf ein Recht einigen, das Bezug zum Vertrag hat (z.B. zum Heimatstaat einer der Parteien oder zum Baustellenort). Sie können aber auch ein neutrales drittes Recht vereinbaren²⁴. Erwägungsgrund 13 der Verordnung Rom I schließt es auch nicht mehr aus, auf ein nichtstaatliches Recht zu verweisen. Auch in der Art und Weise, wie die Parteien das anzuwendende Recht vereinbaren, besteht großer Freiraum. Die Parteien können sich ausdrücklich auf das anwendbare Recht einigen oder auch stillschweigend²⁵. Schwierigkeiten bei der Feststellung des anwendbaren Rechts sind im zweiten Fall unvermeidlich. Zwar überwiegt die Auffassung, wonach es dem angerufenen Gericht verboten ist, nach einem hypothetischen Parteiwillen zu suchen²⁶. Auch kann nicht einfach auf den Erfüllungsort zurückgegriffen werden²⁷. Doch bleibt es dem Richter jedenfalls unbenommen, aus äußeren Umständen den Einigungswillen der Parteien zu ermitteln,

¹⁸ Vgl. Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl., Rn. 1117.

¹⁹ So aber OLG Celle IPRspr. 1999 Nr. 31, zur alten Rechtslage vor 1986 vgl. Kürschner ZfBR 1986, 259, 262.

²⁰ So aber OLG Celle IPRspr. 1999 Nr. 31.

²¹ So aber OLG Celle IPRspr. 1999 Nr. 31 und das OLG Köln IPRspr. 2000 Nr. Nr. 26.

²² OLG Karlsruhe IPRspr. 2001 Nr. 24.

²³ Van Ommeslaghe, *Éléments de Théorie Générale des Contrats*, Rn. 233; Cheshire/Fifoot & Furmston's, *Law of Contract*, 19; Le Tourneau, *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle*, Rn. 178; vgl. auch Klausel 1.1 Unidroit Principles; Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, § 10 Rn. 6.

²⁴ Reithmann/Martiny/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, Rn. 93.

²⁵ Siehe OLG München, Urt. v. 13.1.2009 – 5 U 2283/08, Beck RS 2009, 04136.

²⁶ Gaudemet-Tallon, *Jurisclasseur Europe*, Fasc 3200, Nr. 59.

²⁷ So noch ROHG 6, 30; ROHG 9, 8; RGZ 12, 37; RGZ 53, 140; RGZ 74, 174; vgl. Melchior, IPR, 169; Nussbaum, IPR, 219.

wenngleich Art. 3 Rom I etwas höhere Anforderungen stellt, weil sich die Rechtswahl eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags aufdrängen muss. Anhaltspunkte für eine Rechtswahl bilden Gerichtsstandsklauseln²⁸, das Verhalten der Parteien im Prozess und die Vertragsstrafe, die vereinbarte Währung und der Baustellenort²⁹. Auf solche Vertragselemente ist daher stets besonderes Augenmerk zu legen.

- 7 Insbesondere bei Verträgen mit **Staaten** oder **staatlichen Organisationen** kann die Frage aufgeworfen werden, ob es zulässig ist, das gewählte Vertragsstatut gegen ungewünschte Änderungen abzusichern³⁰. Derartige **Stabilisierungs-** oder **Versteinerungsklauseln** existieren in der internationalen Praxis durchaus³¹. Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit hat sich unterdessen für die Wirksamkeit solcher Klauseln ausgesprochen, die im Interesse des Investorenschutzes liegen³². In Verträgen zwischen ausschließlich privaten Parteien sind allerdings Zweifel in Bezug auf die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit solcher Klauseln geäußert worden³³. Die französischen Gerichte erkennen z.B. den Vertrag ohne zugrunde liegendes Recht nicht an³⁴. In Deutschland herrscht die Auffassung vor, Versteinerungsklauseln könnten keine kollisionsrechtliche Wirkung entfalten und ihre Bedeutung lasse sich ausschließlich dem jeweiligen Vertragsstatut entnehmen³⁵. Ändert ein Staat das anwendbare Recht zu seinen Gunsten, soll hierin ein Verstoß gegen den *ordre public* liegen³⁶. Diese Lösung ist jedoch unvollkommen, denn damit können lediglich unzumutbare Ergebnisse abgewendet werden, die durch die Anwendung des geänderten Rechts entstehen.
- 8 **3. Objektive Anknüpfung.** Fehlt es dagegen an einer Rechtswahlvereinbarung oder lässt sich eine solche nicht feststellen, so müssen andere Anknüpfungspunkte herangezogen werden. Art. 4 der Konvention von Rom (EVÜ) stellte darauf ab, mit welchem Staat der Vertrag **die engsten Beziehungen** aufwies. Art. 28 EGBGB entsprach – abgesehen von unnötigen redaktionellen Änderungen³⁷ – wortgetreu der Regelung in Art. 4 EVÜ. Die Konvention und das EGBGB arbeiteten insoweit mit einer Vermutung, die aus zwei Elementen bestand. Anknüpfungspunkt für die engste Beziehung waren die Parteien selbst, d.h. ihr jeweiliger Sitz. Im Geschäftsverkehr war der jeweilige Hauptsitz der beteiligten Unternehmen maßgeblich. Um zu dem anwendbaren Recht zu gelangen, musste allerdings ein zweites Element eingeführt werden, das darüber zu entscheiden hatte, auf welche Partei (und damit deren Sitz oder Hauptsitz) abzustellen sein sollte. Das EVÜ griff auf eine schweizerische Lösung zurück und knüpfte an die **vertragscharakteristische** Leistung an. Diese Festlegung beruhte auf der Überlegung, dass in vielen Vertragstypen eine Partei die Zahlung erbringt, während die andere zu einer Leistung verpflichtet ist, die den Vertrag charakterisiert, also nicht lediglich in

²⁸ Siehe Erwägungsgrund 12 Verordnung Rom I.

²⁹ Vgl. TGI Poitiers Rev. crit. dr. int. pr. 2001, 670, 671; Looschelders, IPR, Art. 27 Rn. 18.

³⁰ Vgl. Nicklisch ICLR 2003, 81, 86.

³¹ Chaillé de Néré, Les difficultés d'exécution du contrat, Rn. 101.

³² Vgl. die Entscheidung vom 19.01.1977, Clunet 1977, 367, betreffend eine Stabilisierungsklausel in einem Vertrag mit dem libyschen Staat; vgl. Entscheidung Aminoil v. Kuwait vom 24.03.1982, Clunet 1982, 869; vgl. auch Chaillé de Néré, Les difficultés d'exécution du contrat, Rn. 104.

³³ Rigaux, Cahiers de droit européen 1988, 306, 321; Chaillé de Néré, Les difficultés d'exécution du contrat, Rn. 113.

³⁴ Cass, civ., 21.06.1950, D. 1951, 749.

³⁵ Erman/Hohloch, BGB, Art. 27 EGBGB Rn. 27; Looschelders, IPR, Art. 27 Rn. 14.

³⁶ Vgl. Looschelders, IPR, Art. 27 Rn. 14.

³⁷ Wenner FS Jagenburg, 205, 207.

einer Zahlungsverpflichtung besteht³⁸. Die Vermutung führte regelmäßig zu relativ einfachen Ergebnissen. Der oftmals schwierig festzustellende Erfüllungsort spielte in den Überlegungen keine Rolle mehr. Bei internationalen Verträgen, an denen ein Unternehmer beteiligt ist, der die vertragscharakteristische Leistung erbringt, führte das EVÜ regelmäßig zur Anwendbarkeit des Rechtes am Sitz dieses Unternehmens. Damit wurde gewährleistet, dass ein Unternehmer seine Verpflichtung jeweils nach seinem Sitzrecht erbringen kann, während den Zahlungsschuldner das internationale Risiko voll trifft.

Die Verordnung Rom I hat dieses Regime geändert. Wurde keine Rechtswahl getroffen, so soll das anzuwendende Recht nach der für die Vertragsart spezifizierten Regel bestimmt werden. Auf die alte Regel wird nur noch hilfsweise zurückgegriffen. Kann der Vertrag keiner der in Art. 4 Abs. 1 Rom I spezifizierten Vertragsarten zugeordnet werden oder sind die Bestandteile des Vertrags durch mehr als eine der spezifizierten Vertragsarten abgedeckt, so soll der Vertrag dem Recht des Staates unterliegen, in dem die Partei, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Besteht ein Vertrag aus einem Bündel von Rechten und Verpflichtungen, die mehr als einer der spezifizierten Vertragsarten zugeordnet werden können, so soll die charakteristische Leistung des Vertrags nach ihrem Schwerpunkt bestimmt werden. Kann das bei Fehlen einer Rechtswahl anzuwendende Recht weder aufgrund der Zuordnung des Vertrags zu einer der spezifizierten Vertragsarten noch als das Recht des Staates bestimmt werden, in dem die Partei, die die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, so sollte der Vertrag dem Recht des Staates unterliegen, zu dem er die engste Verbindung aufweist. Bei der Bestimmung dieses Staates sollte unter anderem berücksichtigt werden, ob der betreffende Vertrag in einer sehr engen Verbindung zu einem oder mehreren anderen Verträgen steht. Die Anknüpfungsleiter ist also wie folgt:

- Anknüpfung an den Vertragstyp (Art. 4 Abs. 1 Rom I)
- Hilfsweise Anknüpfung an die vertragscharakteristische Leistung (Art. 4 Abs. 2 Rom I)
- Hilfsweise Anknüpfung an die engste Beziehung (Art. 4 Abs. 4 Rom I)

In **Ausnahmefällen** kommt eine Sonderanknüpfung an die offensichtlich engere Beziehung in Frage (Art. 4 Abs. 3 Rom I). Weist ein Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem in Art. 4 Absätze 1 und 2 genannten Staat auf, so sieht eine Ausweikklausel vor, dass das Recht dieses anderen Staates anzuwenden ist. Zur Bestimmung dieses Staates sollte unter anderem berücksichtigt werden, ob der betreffende Vertrag in einer sehr engen Verbindung zu einem oder mehreren anderen Verträgen steht³⁹.

4. Internationales Bauvertragsrecht. Das Internationale Bauvertragsrecht ist im engen Sinne Teil des Internationalen Schuldvertragsrechts. Der Bauvertrag zeichnet sich allerdings gegenüber anderen Schuldverhältnissen dadurch aus, dass er schon seiner Natur nach so ausschließend an einen Ort gebunden ist, dass die Erfüllung seiner wesentlichen Verpflichtungen nur an diesem gedacht werden kann⁴⁰. Hieran hat sich auch nach Inkrafttreten der Verordnung Rom I nichts geändert⁴¹. Der Bauvertrag ist und

³⁸ Pulkowski IPRax 2001, 306, 308.

³⁹ Siehe Erwägungsgrund 20 Verordnung Rom I.

⁴⁰ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, VIII, 213.

⁴¹ Martiny weist darauf hin, dass der Entwurf zur Verordnung Rom I eine ausnahmsweise Anknüpfung an den Baustellenort unmöglich machen sollte, siehe dazu Martiny BauR 2008, 241, 243. Die Verordnung enthält den Ausweichtatbestand aber wieder.

bleibt eng mit dem Ort verbunden, an dem sich die Leistungen konkretisieren, für deren Zwecke der Vertrag geschlossen wurde. Es sind seit der Zeit, als Savigny den vorstehenden Satz prägte, eher noch Elemente hinzugekommen, die ihn bestätigen, wie z.B. die am Baugrundstück haftende Ruina-Haftung oder Décennale, die zunehmende vertikale Arbeitsteilung auf der Baustelle und das komplexe Baustellenmanagement. Vernachlässigt werden in der Diskussion häufig auch die Finanzierungszusammenhänge, die Haftung des Baugrundes für den Werklohn sowie die Gesamtverantwortung ausführender, überwachender und planender Unternehmen.

- 11 a. Vermutungsregeln.** Im bisherigen internationalen Bauvertragsrecht könnte man zunächst mit Blick auf Art. 4 Abs. 3 EVÜ und Art. 28 Abs. 3 EGBGB a.F. meinen, die darin enthaltene Vermutungsregelung erleichtere die Feststellung des anwendbaren Rechts im Bauvertrag⁴². Art. 4 Abs. 3 EVÜ regelt die Verträge, die Rechte an einem Grundstück zum Inhalt haben. In diesen Fällen wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Beziehungen mit dem Staat aufweist, in dem die Immobilie belegen ist. Die Regelung findet Anwendung auf Immobilienkaufverträge, Verträge über dingliche Rechte an Grundstücken und Mietvereinbarungen. Der einfache Bauvertrag wird allerdings von Art. 4 Abs. 3 nicht erfasst⁴³. Es bleibt insoweit zunächst bei der (allerdings widerleglichen) Vermutung des Art. 4 Abs. 2 EVÜ, der auf das Recht abstellt, das am Sitz derjenigen Partei gilt, die die vertragscharakteristische Leistung erbringt. Regelmäßig erbringt der Bauunternehmer die vertragscharakteristische Leistung, so dass er mangels einer feststellbaren Rechtswahl den Vorzug der Anwendbarkeit seines Heimatortes genießt. Die Annahme, der Bauunternehmer erfülle seine Aufgaben am Heimatort, unterstellt aber eine lokal geprägte Bauindustrie, bei der der Unternehmer vom Baustellenort verdungen wird. Seiner Natur nach ist der Bauvertrag nicht Kaufvertrag, obwohl der Unternehmer heute typischerweise das Baumaterial aussucht und liefert, und nicht Dienstvertrag, soweit der Unternehmer die Bauabwicklung, Baukoordination, die Materialauswahl und den Personal- sowie Geräteeinsatz frei und in eigener Verantwortung plant. Das Typische des Bauvertrages ist also eine eigenverantwortliche Leistung, die darin besteht, auf einem vorgegebenen Baugrund ein spezifisches Werk zu erstellen und abzuliefern. Insoweit kann die Koordinierungspflicht im Vordergrund stehen (Management Contracting) oder die Ausführung der Leistung mit eigenem Personal (traditioneller Bauunternehmer). Wesentlich ist nicht, ob der Unternehmer die Leistung selbst erbringt, sondern ob er die Verantwortung übernimmt, das Werk zu erstellen. Das ist im Übrigen eigentlich nichts Neues, denn auch der Handwerksmeister oder Baumeister alter Schule verstand sich häufig nicht als einfacher Handwerker (Maurer, Schreiner, Tischler, Flaschner, etc.), sondern als Fachmann, der das Handwerk anleitete und überwachte. Ein weiterer Aspekt kommt hinzu, der latent immer vorhanden war, der sich jedoch heute stärker manifestiert als in grauer Vorzeit. Es wohnt der Natur des Bauvertrages inne, dass der Besteller zumindest eine besondere Leistung erbringt, ohne die das Bauwerk nicht erstellt werden kann. Der Besteller übergibt den Baugrund, wenngleich es in neuerer Zeit durchaus – aus vorwiegend finanztechnischen Gründen – gelegentlich der Bauunternehmer ist, der den Baugrund stellt oder beschafft. Dies geschieht allerdings häufig nach Vorgaben des Bauherrn, so dass sich dadurch nicht die wahre Natur des Vertrages ändert. Der Besteller ist also in der Regel zu ganz wesentlichen Mitwirkungsleistungen verpflichtet, auch wenn der BGH

⁴² So Rémy-Corlay Anm. zu TGI Poitiers Rec. Crit. dr. int. pr. 2001, 674, 675.

⁴³ Jacquet/Delebecque/Corneloup, Droit du Commerce International, Rn. 645; Collier, Conflicts of Law, 201.

hierin eher Obliegenheiten erkennt. Das wiederum schwächt die Notwendigkeit, einseitig auf die vermeintlich charakterisierende Vertragspflicht abzustellen. Der Besteller stellt aber nicht nur den Baugrund sondern auch die Idee oder die Planung, nach der der Unternehmer das Werk zu erstellen hat. Hierin liegt eine besondere Verantwortung, die am Baustellenort zu erfüllen ist, der damit eine überragende Bedeutung für die beiderseitigen Verpflichtungen der Bauvertragsparteien erlangt. Häufig verbleibt bei ihm auch eine Koordinierungsverpflichtung, zumal dann, wenn das Werk durch ein Zusammenwirken mehrerer Unternehmer erstellt wird. Auch enthalten Bauverträge regelmäßige Ermächtigungen, in den Produktionsprozess einzugreifen, etwa im Wege leistungsändernder Anordnungen (Variations). All das macht die Theorie angreifbar, der Werk- und Bauvertrag müsse an den Sitz des Unternehmers angeknüpft werden, der (vermutetermaßen) die charakteristische Leistungspflicht (an seinem Sitz) erbringe.

Unter der **Verordnung Rom I** gibt es keine Vermutungsregel mehr. Der Bauvertrag wird aus Gründen der Rechtssicherheit verordnungsautonom und analog zur EuGVVO als Dienstleistungsvertrag im Sinne des Art. 4 Abs. 1 (b) Rom I angesehen⁴⁴, der kein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen und auch keine Miete oder Pacht einer unbeweglichen Sache im Sinne von Art. 4 Abs. 1 (c) Rom I zum Gegenstand hat. Rechtshistorisch gesehen ist diese Einschätzung indessen nicht ganz zutreffend, denn der Bauvertrag ist historisch eine Dienstleihe mit umgekehrten Vorzeichen. Der Besteller verleiht dem Unternehmer das Werk, beauftragt ihn also unter Übergabe des Baugrundstücks das Werk herzustellen und es an ihn zu übergeben. Hieraus resultiert die Erfolgshaftung, die das Vergütungsrisiko auf den Unternehmer verlagert, der erst bezahlt wird, wenn er das an ihn übergebene Werk mit der darauf erbrachten Leistung an den Besteller zurückgibt. Rechtshistorisch gesehen verleiht also der Besteller das Baugrundstück an den Unternehmer, damit es dieser während der Vertragslaufzeit inhaltlich verändert, also bebaut. Die Gleichstellung von Dienst- und Werkvertrag leidet also an einer Fehleinschätzung, die die historische Prägung des Bauvertrages ignoriert.

Mangels einer Rechtswahlvereinbarung führte das **EVÜ** auch beim Subunternehmervertrag regelmäßig zum Recht am Sitz des Auftragnehmers⁴⁵. Es spricht aber nichts dagegen, dass sich die Parteien des Subunternehmerauftrages auf das Recht einigen, das auf den Hauptauftrag Anwendung findet. Die **Verordnung Rom I** dürfte bei Subunternehmerverträgen keine andere Lösung anbieten. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass Art. 4 Abs. 3 Rom I eine Sonderanknüpfung möglich macht, wenn das betroffene Rechtsverhältnis nach der Gesamtheit der Umstände eine offensichtlich engere Beziehung zu einem anderen Staat als dem hat, in dem der Subunternehmer seinen Sitz unterhält. Zur Bestimmung dieses Staates sollte unter anderem berücksichtigt werden, ob der betreffende Vertrag in einer sehr engen Verbindung zu einem oder mehreren anderen Verträgen steht⁴⁶. Das könnte der Hauptvertrag sein.

b. Deutsches IPR. Bis zum Inkrafttreten der Verordnung Rom I beruhte das deutsche internationale Schuldvertragsrecht inhaltlich auf dem EVÜ. Jedoch waren die aus dem EVÜ übernommenen Regelungen der Art. 27 ff. EGBGB unmittelbar anwendbar. Die IPR-Novelle von 1999 rundete das deutsche internationale Schuldrecht ab. Seither regelten die Art. 38 ff. EGBGB das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, die Geschäftsführung ohne Auftrag und das internationale Deliktsrecht. Das hat sich mit In-

12

⁴⁴ Siehe Erwägungsgrund 17 Verordnung Rom I; vgl. dazu Hök ZfBR 2008, 741, 748.

⁴⁵ Pulkowski IPRax 2001, 306, 308.

⁴⁶ Siehe Erwägungsgrund 20 Verordnung Rom I.

krafttreten der Verordnungen Rom I und Rom II geändert. Nunmehr ist das deutsche internationale Schuldrecht unmittelbar in den europäischen Verordnungen geregelt. Wegen des Zitierverbotes muss auf die Übernahme der Ordnungsregelungen in das deutsche Recht verzichtet werden⁴⁷. Allerdings finden sich im EGBGB einige Anpassungsregeln⁴⁸. Das alte deutsche internationale Schuldrecht gilt nur noch für Fälle, die nicht in den räumlichen und zeitlichen Anwendungsbereich der beiden Verordnungen fallen. Unter die Verordnung Rom I fallen grundsätzlich alle vertraglichen zivil- und handelsrechtlichen Schuldverhältnisse, die nach dem 17.12.2009 geschlossen werden, mit Ausnahme der in Art. 1 Abs. 1 Rom I genannten Materien, wie z.B. das Familien-, Güter- und Wertpapierrecht. Ausgenommen sind insbesondere Fragen der Stellvertretung und bestimmte Versicherungsverträge für Arbeitnehmer und Angehörige eines Berufes⁴⁹. Die Verordnung Rom I findet im Verhältnis zu allen EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme Dänemarks Anwendung⁵⁰. Entsprechendes gilt für die Verordnung Rom II, die seit dem 11.1.2009 in Kraft ist.

- 13 c. Rechtswahl.** Bei bedeutenderen Bauvorhaben vereinbaren die Parteien regelmäßig ausdrücklich das anwendbare Recht, das ihre Beziehungen regelt⁵¹. Allerdings wird in der Praxis gelegentlich das Vertragsstatut mit dem Baustellenrecht verwechselt, das ohnehin einzuhalten ist (siehe Unterklausel 1.13 FIDIC 1999). Im Übrigen stimmen die Parteien die Details ihrer Verpflichtungen, die sie treffen werden, im Einzelnen ab. Die Verordnungen Rom I und Rom II räumen der Parteiautonomie jedenfalls weiten Raum ein. Gemäß Art. 3 Rom I herrscht in Bezug auf vertragliche Schuldverhältnisse grundsätzlich Rechtsfreiheit. Art. 14 Abs. 1 Rom II erlaubt auch Rechtswahlvereinbarungen in Bezug auf außervertragliche Schuldverhältnisse. Das Neue daran ist, dass Art. 14 Abs. 1 Rom II im kaufmännischen Verkehr auch Rechtswahlvereinbarungen in Bezug auf zukünftige gesetzliche Schuldverhältnisse gestattet. Das dürfte insbesondere für die Fälle der vorvertraglichen Handlungen von Bedeutung sein.

5. Lex mercatoria

Schrifttum

Berger, *Lex mercatoria in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: Der Fall Compania Valenciana*, IPRax 1993, 281; Berger, *Lex mercatoria Online*, RIW 2002, 256; Brödermann, *Die erweiterten Unidroit Principles 2004*, RIW 2004, 721 ff.; Jacquet/Delebecque/Corneloup, *Droit du commerce international*, 2. Auflage, Paris 2010; Janssen, *Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in internationale Kaufverträge*, IHR 2004, 194 ff.; Herber, „Lex mercatoria“ und „Principles“ – gefährliche Irrlichter im Internationalen Kaufrecht, IHR 2003, 1; Hök, *FIDIC Verträge im Lichte der Unidroit Prinzipien als Vertragsstatut*, ZfBR 2008, 115 ff.; Lando, *Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts*, RabelsZ 67 (2003), 231; Lettermann, *Unidroit's Principles*, Den Haag 2001; Loquin/Kessedjian, *La Mondialisation du Droit*, Paris 2000; Mankowski, *Rom I und Schiedsverfahren*, RIW 2011, 30; Martiny, *Anwendbares Recht für internationale Bauverträge*, BauR 2008, 241; Schmidt-Kessel, *Auf dem Weg zu einem Europäischen Vertragsrecht*, RIW 2003, 481; Schilf, *Unidroit Principles 2004*, Auf dem Weg zu einem Allgemeinen Teil des internationalen Einheitsprivatrechts, IHR 2004, 236; Wichard, *Unidroit Prinzipien und staatliche Gerichte*, RabelsZ 60 (1996), 268;

⁴⁷ Vgl. Martiny RIW 2009, 737.

⁴⁸ Vgl. dazu Martiny RIW 2009, 737 ff.

⁴⁹ Vgl. auch Martiny RIW 2009, 731.

⁵⁰ Siehe dazu im Einzelnen Martiny RIW 2009, 731, 732.

⁵¹ Vgl. zur Praxis Wenner FS Jagenburg, 205.

Trotz vielfältiger interessanter Ansätze, eines gewissen Bedürfnisses und unbestreitbarer Vorteile hat sich weder im Baurecht noch im Handelsrecht eine internationale *lex mercatoria* durchgesetzt⁵², die auch als dritte Rechtsmasse neben dem nationalen Recht und dem Völkerrecht bezeichnet wird⁵³. Über die Existenz und den Charakter der *lex mercatoria* herrscht erheblicher Streit, der hier allerdings nicht vertieft werden soll⁵⁴. Mit der Veröffentlichung der **Unidroit Principles** für internationale Handelsverträge durch die Unidroit⁵⁵ sind jedoch an die Stelle akademischer Diskussionen praktische Vorschläge für ein transnationales Recht getreten, die von einer globalisierten Wirtschaftswelt mit Interesse aufgenommen wurden⁵⁶. In Anlehnung an die Praxis der amerikanischen **Restatements**⁵⁷ wird mit den Unidroit Principles versucht, aufgrund fundierter rechtsvergleichender Studien gemeinsame Grundprinzipien festzustellen und sie festzuschreiben⁵⁸. Einen ähnlichen Weg ging die Lando-Kommission, die inzwischen die **Principles of European Contract Law** (Grundprinzipien des europäischen Vertragsrechts) vorgelegt hat⁵⁹. Doch auch diese Bedingungen werden nur dann Vertragsbestandteil, wenn sie ausdrücklich vereinbart werden⁶⁰, es sei denn sie entwickeln sich in Zukunft zu einem anerkannten Abbild einer *lex mercatoria*⁶¹. So wird bereits argumentiert, die Unidroit Principles könnten hilfsweise dann zur Anwendung kommen, wenn die anwendbaren gesetzlichen Standards ihrerseits Teil der *lex mercatoria* sind⁶². Die Schiedspraxis ist gelegentlich allerdings schon weiter und wendet die Grundsätze der *lex mercatoria*, also *rosso modo* die Gesamtheit der Regeln der internationalen Wirtschaft, die nach und nach von der internationalen Praxis und insbesondere von der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, sanktioniert durch nationale Gerichtsentscheidungen, entwickelt wurden und damit zu Rechtsregeln geworden sind, schlicht an⁶³. Soweit sich die Bezugnahme auf die *lex mercatoria* im Rahmen der Parteivorgaben bewegt, bestehen dagegen auch keine Bedenken (*patca sunt servanda*)⁶⁴. Doch auch die Privatautonomie kann den Rückgriff auf eine nationale Rechtsordnung nicht gänzlich überflüssig machen⁶⁵. Letztlich sind die Parteien eines Vertrages immer darauf angewiesen, dass sie einen staatlichen Richter finden, der unter Hinweis auf eine Rechtsord-

⁵² Vgl. Le Tourneau, *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle*, Rn. 177; siehe auch Hök, *FIDIC Verträge im Lichte der Unidroit Prinzipien als Vertragsstatut*, ZfBR 2008, 115.

⁵³ Berger IPRax 1993, 281, 281; vgl. Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, § 2 Rn. 35.

⁵⁴ Vgl. hierzu eingehend Berger IPRax 1993, 281, 283 ff.; Ehricke JuS 1990, 967 ff.; Jacquet/Delebecque/Corneloup, *Droit du commerce international*, Rn. 90 ff.

⁵⁵ Das Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT) ist eine unabhängige zwischenstaatliche Organisation, die bereits 1926 als Hilfsorgan des Völkerbundes mit Sitz in Rom gegründet wurde. Ihr Ziel ist die Erforschung des Bedürfnisses und der Methoden für eine grenzüberschreitende Modernisierung, Harmonisierung und Koordinierung des Privatrechts (und insbesondere des Handelsrechts). Zu den Mitgliedern von UNIDROIT zählen derzeit 59 Staaten aller Kontinente und Rechtssysteme.

⁵⁶ Vgl. dazu Brödermann RIW 2004, 721 ff.

⁵⁷ Vgl. dazu § 49 4.

⁵⁸ Berger RIW 2002, 256, 257.

⁵⁹ Vgl. Schmidt-Kessel RIW 2003, 481, 483; die Grundprinzipien sind inzwischen in Englisch, Deutsch und Französisch erhältlich.

⁶⁰ Vgl. auch Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, § 2 Rn. 35.

⁶¹ Vgl. dazu Jacquet/Delebecque/Corneloup, *Droit du commerce international*, Rn. 406.

⁶² Letterman, *Unidroit's Rules in Practice*, 69.

⁶³ ICC Schiedsspruch Nr. 5953 zitiert nach Berger IPRax 1993, 281, 282; vgl. dazu auch CA Paris, 13.07.1989, *Compania Valenciana de Cementos Portland c. Primary Coal*, Clunet 1990, 430 mit Anm. Goldmann; vgl. auch Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, § 2 Rn. 37 und Schilf IHR 2004, 236, 243.

⁶⁴ Cass.civ., 22.10.1991 (F), *Compania Valenciana de Cementos Portland c. Primary Coal*, *Revue de l'Arbitrage* 1992, 457 mit Anm. Lagarde.

⁶⁵ Chaillé de Néré, *Les difficultés d'exécution du contrat*, Rn. 147.

nung bereit ist, die transnationalen Regelungen anzuwenden⁶⁶. Vor staatlichen Gerichten hat die Verweisung auf die *lex mercatoria* nur materiell-rechtliche Wirkung⁶⁷. Die zwingenden Vorschriften des objektiv zu ermittelnden Vertragsstatuts bleiben anwendbar⁶⁸. Zu weit geht allerdings Mankowski, wenn er Schiedsrichtern unterstellt, sie handelten als *amiable compositeur* und damit willkürlich, wenn sie sich der *lex mercatoria* öffneten⁶⁹. Für eine solche Äußerung fehlt es an Befunden und an einer Rechtfertigung. Tatsächlich ist es allemal besser, eine in der Praxis erprobte Regel anzuwenden als keine. Natürlich ist es nicht gerechtfertigt, geltende und aufklärbare Regeln durch anderen Ortes erprobte Regeln zu ersetzen.

Doch sind die European Principles und die Unidroit Principles unbestreitbar auf dem Vormarsch⁷⁰. Soweit z.B. das CISG **Auslegungszweifel** lässt, die auch nicht bewusst der Lückenfüllung durch das kollisionsrechtlich anwendbare nationale Recht vorbehalten bleiben sollten, soweit es also um „interne“ Lücken des CISG geht, stellen die UNIDROIT- und Lando-Principles nach Auffassung von Magnus „excellent evidence“ einer international akzeptablen Lösung dar, der gefolgt werden sollte, soweit nicht überzeugende Gründe gegen sie sprechen. Das gilt nach Magnus⁷¹ in jedem Fall, wenn beide Prinzipienwerke übereinstimmen. Soweit Unterschiede zwischen ihnen bestehen, haben die auf internationale Verträge zugeschnittenen UNIDROIT-Principles dagegen Vorrang. Eine erste niederländische Entscheidung hat sich bereits im Jahr 1997 zur Begründung ihres Ergebnisses auf die UNIDROIT-Principles berufen⁷². Von einer weiteren Entscheidung berichtet Janssen⁷³.

- 15 Im Baurecht existiert zudem eine Reihe von Modellverträgen unterschiedlichster Herkunft. Zu nennen sind die General Conditions of the Contract for Construction, die von dem American Institute of Architects herausgegeben wurden. Die **Engineering Advancement Association of Japan** (ENAA) hat das „Model Form International Contract for Process Plant Construction (Turnkey Lumpsum Basis)“ herausgegeben. Die Japanische Maschinenbau-Export-Vereinigung hat einen Modellvertrag mit dem Titel „Consortium Agreement for Tender and Execution of Turnkey Project“ erarbeitet. Zu den am meisten verbreiteten Vertragsmustern in der Bauindustrie gehören aber die der **FIDIC**⁷⁴, die aus technischer und juristischer Sicht abgefasst wurden⁷⁵. In Konkurrenz

⁶⁶ Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, § 2 Rn. 37.

⁶⁷ Looschelders, IPR, Art. 27 Rn. 12; Erman/Hohloch, BGB, Art. 27 EGBGB Rn. 9; vgl. aber Schilf IHR 2004, 236, 237.

⁶⁸ Looschelders, IPR, Art. 27 Rn. 12.

⁶⁹ Mankowski RIW 2011, 30, 41.

⁷⁰ Vgl. auch Schilf IHR 2004, 236 ff.

⁷¹ Magnus ZEuP 1999, 642 ff.

⁷² Rechtbank Zwolle vom 5.3.1997, NIPR 1997 Nr. 230.

⁷³ Janssen IHR 2004, 194, vgl. Hof's-Hertogenbosch, Urt. v. 23.10.2002, NIPR 2003 Nr. 192.

⁷⁴ Vgl. dazu § 18 113 ff.; siehe auch Martiny BauR 2008, 241.

⁷⁵ Zur neueren Entwicklung im Bereich der FIDIC-Bedingungen Hök, Zur Sprachregelung in den FIDIC-Verträgen, ZfBR 2005, 332; Hök, Zum FIDIC Red Book „harmonised version“ als Variante des FIDIC Red Book 1999 und zu den Weltbank Standard Bidding Documents Works 2005, ZfBR 2005, 742; Hök, Was sind FIDIC-Verträge, IBR 2006, 3; Hök, Zur Bauzeitüberschreitung im englischen Baurecht mit Erläuterungen zum FIDIC Red Book unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des BGH zu Vertragsstrafeklauseln, ZfBR 2006, 107; Hök, Dispute Adjudication-Verfahren ZAP 2007 Fach 5, 191; Hök, Zum Baugrundrisiko in Deutschland mit einem Blick ins Ausland, ZfBR 2007, 3; Hök, FIDIC Verträge im Lichte der Unidroit Prinzipien als Vertragsstatut, ZfBR 2008, 115; Hök, The FIDIC Red Book harmonised version, ICLR 2006, 405; Hök, Difficulties encountered in the English-French translation of FIDIC's Standard Form Contracts, ICLR 2007, 271; Hök, Engineer and Dispute Adjudication Board in FIDIC-Verträgen, ZfBR 2007, 416; Hök, Chinese Arbitration Requirements – A trap for FIDIC Arbitration?, ICLR 2008, 190; Hök, Relationship between FIDIC Conditions and Public Procurement Law – Reliability of Tender

dazu sind die **NEC**-Bedingungen entwickelt worden⁷⁶. Aber auch die vorgenannten Bedingungen werden – soweit ersichtlich – bislang allein auf der Grundlage ausdrücklicher Parteivereinbarung Vertragsbestandteil. Einen wichtigen Beitrag für die Verbreitung solcher Standardmuster leisten die Finanzinstitute, allen voran die **Weltbank** und die anderen multilateralen Entwicklungsbanken, wie die **African Development Bank** und die **Asian Development Bank**, die im Bereich „reine Bauleistungen“ die Bedingungen der **FIDIC**⁷⁷ und im Bereich des Anlagenbaus die Bedingungen der **Engineering Advancement Association of Japan** empfehlen⁷⁸.

Häufig ersetzen die Parteien eigene Verhandlungen durch die Verwendung solcher Standardmuster. Überwiegend werden FIDIC Bedingungen eingesetzt, die es für unterschiedliche Zwecke und Zielvorstellungen gibt. Allerdings passen die FIDIC-Bedingungen oftmals nicht ohne weiteres in die Begebenheiten, da sie dem beratenden Ingenieur eine bedeutende Rolle zuweisen, die nicht immer der Realität entspricht oder starkes Einfühlungsvermögen der Beteiligten erfordern. Auch sind die aus dem englischen Recht entwickelten FIDIC Vertragsmuster nicht immer ohne weiteres mit kontinentalen Vorstellungen vereinbar⁷⁹. Die Auftraggeber versuchen daher oftmals, die FIDIC-Bedingungen umfangreich abzuändern. Häufig kommt es dabei zu Unstimmigkeiten und Missverständnissen. Zudem stoßen unterschiedliche Rechtsauffassungen aufeinander, die im Ergebnis die Justitiabilität der Vereinbarung erschweren. Einer besonderen Betrachtung ist der **Subunternehmervertrag** zu unterziehen. Selbstverständlich spricht nichts dagegen, dass sich die Parteien eines Subunternehmervertrages auf das anwendbare Recht einigen. Die Rechtswahlfreiheit kann allerdings durch nationale Gesetze eingeschränkt sein. So sieht z.B. das französische Gesetz über den Subunternehmervertrag vom 31. Dezember 1975⁸⁰ zwingende Regelungen vor, von denen nicht abgewichen werden kann. Eine Rechtswahlvereinbarung, die keinerlei Bezug zum Subunternehmervertrag hat, kann daher eine Umgehung darstellen, die zur Unwirksamkeit der Rechtswahlklausel führt. Diese Diskussion hat durch die neuere französische Rechtsprechung neuen Nährboden gefunden⁸¹. Solche staatliche Regelungen zum Schutz von Subunternehmern zeigen die Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit auf. Zugleich wird deutlich, wie weit die Industrie tatsächlich von einer sog. *Lex Mercatoria* entfernt ist. Ein ICC Schiedsgericht hat den FIDIC Bedingungen die Bedeutung eines Handelsbrauches abgesprochen⁸².

16

Documents, ICLR 2009, 23 ff.; Hök, FIDIC Design, Build & Operate, the Gold Book, ZfBR 2009, 213 ff.; Hök, Zur Versicherungsdeckung beim Auslandsbau unter Berücksichtigung der FIDIC Verträge und der Contractor's All Risk Insurance (CAR), VersR 2009; siehe auch Kehlenbach, ZfBR 1999, 291 ff.; EIC Contractor's Guide to the FIDIC Yellow Book ICLR 2003, 332 ff.; EIC Contractor's Guide to the FIDIC Red Book ICLR 2003, 53 ff.

⁷⁶ Vgl. Gralla, GMP, 93, zu den Bedingungen siehe § 50 42, 60 ff., 102, 166 ff.

⁷⁷ In der Fassung aus dem Jahre 1987, vgl. dazu § 20 1 ff.

⁷⁸ Vgl. dazu § 17 22.

⁷⁹ Kus/Markus/Steding, ICLR 1999, 533 ff.

⁸⁰ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, Journal Officiel du 03.01.1976, p. 80, erweitert in Loi n° 81-1 du 02.01.1981 (J.O. du 03.01.1981, p. 150) und erweitert durch Loi n° 84-46 du 24.01.1984 (J.O. du 25.01.1984, p. 380), erweitert durch Loi du 06.01.1986 und Loi du 10.06.1994.

⁸¹ Cour de Cassation IBR 2008, 428 – Hök.

⁸² ICC Schiedsspruch Nr. 4873, JDI 1998, n° 4; siehe dazu Jacquet/Delebecque/Corneloup, Droit du commerce international, Rn. 646 Fn. 1.

II. Einführung zur Rechtswahlfreiheit

- 17 1. Rechtsgrundlagen.** Das im EGBGB kodifizierte deutsche internationale Schuldrecht der Verträge war keine deutsche Eigenschöpfung, sondern wörtlich aus dem Römischen EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980 (EVÜ) übernommen⁸³.
- 18** Trotz der vereinheitlichten Wurzeln entwickelte sich das internationale Schuldvertragsrecht in den nationalen Rechtsordnungen in der Vergangenheit (d.h. bis zum Inkrafttreten der Verordnungen Rom I und Rom II) gelegentlich auseinander. Dafür gab es unterschiedliche Ursachen, z.B. eine fehlende übergeordnete Auslegungskompetenz, an die nationale Gerichte gebunden gewesen wären, sprachliche Unterschiede und ein gelegentlich unterschiedliches Grundlagenverständnis. Die sich hieraus ergebenden Schwierigkeiten, insbesondere eine zu befürchtende nationale Eigenentwicklung, hatte der deutsche Gesetzgeber durch Art. 36 EGBGB a.F. zu entschärfen versucht. In Art. 36 EGBGB a.F. war das Erfordernis der einheitlichen Auslegung des am 1. April 1991 in Kraft getretenen Übereinkommens vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht⁸⁴ in den Vertragsstaaten aufgestellt. Das Streben nach Einheitlichkeit setzt eine Auslegung aus dem Übereinkommen selbst voraus. Art. 36 EGBGB a.F. sollte die internationale Rechtseinheit bei der Rechtsanwendung der Art. 27 ff. EGBGB gewährleisten. Das Gebot des Art. 36 EGBGB warf allerdings neue und ungewohnte Auslegungsaufgaben auf. In Zweifelsfällen musste der Rechtsanwender bei der Auslegung der Vorschriften des EGBGB dem Wortlaut des Römischen Übereinkommens, das nach Art. 33 in dänischer, deutscher, englischer, französischer, irischer, italienischer und niederländischer Sprache abgefasst ist, den Vorrang vor der Wortwahl und der Systematik des nationalen Gesetzes einräumen. Das hört sich einfach an, ist es jedoch nicht. Gerade sprachliche Unterschiede führen oftmals in unterschiedliche Ergebnisse. Für die Auslegung der Art. 27 ff. EGBGB a.F. hatte der Bericht über das Übereinkommen über das vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht von Guiliiano und Lagarde⁸⁵ besondere Bedeutung⁸⁶. Stets waren auch die ausländische Rechtsprechung und das ausländische Schrifttum in die Auslegungsarbeit einzubeziehen⁸⁷. Der BGH⁸⁸ nahm Art. 36 EGBGB a.F. ernst, jedoch hatte Art. 36 EGBGB a.F. in der instanzgerichtlichen Praxis nahezu keine Bedeutung⁸⁹. Erst wenige Jahre vor der Aufhebung des Römischen Übereinkommens traten die Brüsseler Auslegungsprotokolle⁹⁰ in Kraft, die dem EuGH die Auslegungshoheit über das völkervertraglich vereinbarte Kollisionsrecht verschafften.
- Die Verordnungen Rom I und Rom II schaffen unterdessen nicht nur ein einheitliches Kollisionsrecht. Da die Auslegungshoheit von Beginn an bei dem EuGH liegt, ist auch eine kohärente Rechtsentwicklung weitgehend sichergestellt.
- 19 2. Rechtsentwicklung.** Da das Römische Übereinkommen (EVÜ) erst am 1. April 1991 in Kraft trat, während es in Deutschland inhaltsgleich (vgl. Art. 27 ff. EGBGB)

⁸³ Vgl. § 4 2 ff.

⁸⁴ EuSchVÜ, BGBl 1986 II S. 809; s. auch BGBl 1991 II S. 871.

⁸⁵ BT-Drucks. 10/503; ABl 1980 Nr. C 282, 1 ff.

⁸⁶ Vgl. Dicey & Morris, *The Conflict of laws*, 32-008, 32-014.

⁸⁷ Dicey & Morris, *The Conflict of laws*, 32-018.

⁸⁸ BGHZ 123, 380, 384.

⁸⁹ Vgl. Looschelders, IPR, Art. 36 Rn. 1 ff.

⁹⁰ Erstes Brüsseler Protokoll v. 19.12.1988 und zweites Brüsseler Protokoll v. 19.12.1988, beide in Kraft seit dem 1.8.2004 (Bek. v. 11.1.2005, BGBl 2005 II, 148).

seit 1986 Anwendung fand, bestand in Deutschland ein Rechtsanwendungsvorsprung, der in anderen Staaten erst aufgeholt werden musste. Aus England ist der Lord Chancellor, Lord Mackay of Clashfern, zu zitieren, dem zufolge die englischen Entscheidungen aus der Zeit vor Inkrafttreten des EVÜ schlicht weiter angewendet werden könnten, sofern die Grundsätze des Common Law und die des EVÜ dieselben seien⁹¹. Andererseits bestand die Gefahr, dass die in Deutschland zu dem Übereinkommen entwickelten Kriterien in den anderen Vertragsstaaten nicht anerkannt werden, soweit sie sich zu weit von den Grundprinzipien des Übereinkommens entfernt hatten. Ernstzunehmende Differenzen waren allerdings nicht aufgetreten. Eingehende Untersuchungen dazu gab es allerdings nicht. Zu überraschenden unterschiedlichen Ergebnissen kam es vor allem in Verbindung mit allgemeinen kollisionsrechtlichen Prinzipien. So knüpften z.B. die französischen Gerichte die Bürgschaft aufgrund ihres akzessorischen Charakters an das Statut der verbürgten Forderung an (unselbständige Anknüpfung)⁹², während die deutschen Gerichte die Bürgschaft seit jeher selbständig anknüpfen und dem Recht des Bürgen Vorrang einräumen. Das vorvertragliche Verhalten wird in Deutschland seit jeher vertragsrechtlich und in Frankreich deliktsrechtlich qualifiziert, mit der Folge, dass die Haftung aus culpa in contrahendo entweder dem präsumptiven Vertragsstatut oder aber dem Tatortrecht unterliegt. Dass die Vertragsstaaten, wie im Grunde gefordert, jeweils in ihre Auslegung der Regelungen zum Internationalen Schuldvertragsrecht tatsächlich die anderen Rechtsordnungen einbeziehen, kann nicht wirklich beobachtet werden⁹³. Art. 34 EGBGB weicht sogar bewusst von den Regelungen in Art. 7 Abs. 2 EVÜ ab⁹⁴. Es wird zu beobachten sein, ob nach dem Inkrafttreten der Verordnungen Rom I und Rom II derartig unterschiedliche Auffassungen fortexistieren können und Bestand haben. In Bezug auf vorvertragliche Rechtsverhältnisse verweist z.B. die Verordnung Rom I auf die Verordnung Rom II⁹⁵. Erwägungsgrund 16 der Verordnung Rom I hebt hervor, dass die Kollisionsnormen ein hohes Maß an Berechenbarkeit aufweisen sollten, um zum allgemeinen Ziel dieser Verordnung, nämlich zur Rechtssicherheit im europäischen Rechtsraum, beizutragen. Allerdings wird auch erwähnt, dass die Gerichte dennoch über ein gewisses Ermessen verfügen sollten, um das Recht bestimmen zu können, das zu dem Sachverhalt die engste Verbindung aufweist. Da es an einer Vereinheitlichung der allgemeinen Grundsätze des IPR bislang fehlt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die nationalen Gerichte auf diesen Auslegungsspielraum berufen werden.

3. Deutsches IPR. Kern des deutschen und römischen IPR zum Schuldvertragsrecht waren bislang die Art. 27 und 28 EGBGB (Art. 3 und 4 EVÜ). Art. 27 EGBGB postulierte die **Rechtswahlfreiheit**, wobei die Rechtswahl entweder ausdrücklich erfolgen musste oder sich mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben musste. Fehlte es an einer Rechtswahl, griff Art. 28 EGBGB ein, der auf das Recht abstellt, das die **engsten Verbindungen** zum Vertrag aufweist. Art. 28 Abs. 2 EGBGB vermutete, dass ein Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die vertragscharakteristische Leistung erbringt, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz hat. Soweit dingliche Rechte an einem Grundstück oder ein Recht

20

⁹¹ H.L. 515, 15.02.1990, col. 1489; kritisch dazu Dicey & Morris, *The Conflict of laws*, 32-32-019.

⁹² Vgl. Dicey & Morris, *The Conflict of laws*, 32-123.

⁹³ Vgl. aber Ennstone Building Products Ltd v. Stanger Ltd [2002] 1 WLR 3059.

⁹⁴ Hierzu BGHZ 121, 224, 235.

⁹⁵ Siehe Erwägungsgrund 10 Verordnung Rom I.

zur Nutzung eines Grundstücks Streitgegenstände sind, wurde die engste Verbindung mit dem Staat vermutet, in dem das Grundstück belegen ist (Art. 28 Abs. 3 EGBGB).

Seit Inkrafttreten der Verordnung Rom I folgt das Prinzip der Rechtswahlfreiheit aus Art. 3 Rom I. Die bisherige objektive Anknüpfung an die engsten Beziehungen ist einer Kasuistik gewichen, die eine vermeintlich bessere Vorhersehbarkeit der Ergebnisse gewährleisten soll (vgl. Art. 4 Rom I).

III. Rechtswahlfreiheit

Schrifttum

Lorenz, Die Auslegung schlüssiger und ausdrücklicher Rechtswahlerklärungen im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW 1992, 697; Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Paris 2003; Martiny, Neues deutsches internationales Vertragsrecht, RIW 2009, 737; Martiny, Anwendbares Recht für internationale Bauverträge, BauR 2008, 241; Mankowski, Die Rom I Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133; Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Köln 1998

- 21 Bisheriger Ausgangspunkt war Art. 27 EGBGB. Nach Art. 27 Abs. 1 EGBGB unterlag der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl musste **ausdrücklich** getroffen worden sein oder sich mit **hinreichender Sicherheit** aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben. Die Parteien konnten die Rechtswahl für den ganzen Vertrag oder nur für einen Teil treffen. Sie konnten jedenfalls im Prinzip auch ein neutrales Recht wählen⁹⁶. Gemäß Art. 27 Abs. 2 EGBGB konnten die Parteien jederzeit vereinbaren, dass der Vertrag einem anderen Recht unterliegen soll als dem, das zuvor auf Grund einer früheren Rechtswahl oder auf Grund anderer Vorschriften dieses Unterabschnitts für ihn maßgebend war. Die Formgültigkeit des Vertrages nach Art. 11 EGBGB und Rechte Dritter wurden durch eine Änderung der Bestimmung des anzuwendenden Rechts nach Vertragsabschluss nicht berührt. War der sonstige Sachverhalt im Zeitpunkt der Rechtswahl nur mit einem Staat verbunden, so konnte nach Art. 27 Abs. 3 EGBGB die Wahl des Rechts eines anderen Staates – auch wenn sie durch die Vereinbarung der Zuständigkeit eines Gerichts eines anderen Staates ergänzt wurde – die Bestimmungen nicht berühren, von denen nach dem Recht jenes Staates durch Vertrag nicht abgewichen werden konnte (zwingende Bestimmungen). Gemäß Art. 27 Abs. 4 EGBGB waren auf das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Einigung der Parteien über das anzuwendende Recht die Art. 11, 12, 29 Abs. 3 und Art. 31 EGBGB anzuwenden. Bei der Wahl eines neutralen Rechts war allerdings darauf zu achten, dass dieses Recht und die Gerichtsstands- bzw. Schiedsgerichtsvereinbarung miteinander harmonisieren und die lex fori die Wahl eines neutralen Rechts zulässt⁹⁷. Das **neue Recht** ändert an der vorstehend beschriebenen Rechtslage nichts Grundsätzliches. Die Verordnung Rom I hält am Grundsatz der Rechtswahlfreiheit fest⁹⁸. Art. 3 Abs. 1 Rom I sieht vor, dass der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht unterliegt. Die Rechtswahl muss ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben. Die Parteien können die Rechtswahl für ihren ganzen Vertrag oder nur für einen Teil desselben treffen. Wurde eine Rechtswahl getroffen und sind alle anderen Elemente des Sachverhalts in einem anderen als demjenigen Staat belegen, dessen

⁹⁶ Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 178.

⁹⁷ Rosener in: Münchener Vertragshandbuch, Band IV, VI. 1 Rn. 12.

⁹⁸ Vgl. Erwägungsgrund 11 Verordnung Rom I; siehe auch Nourissat RLDA 2008 (n° 29), 61. 63.

Recht gewählt wurde, so sollte nach Auffassung des Ordnungsgebers⁹⁹ die Rechtswahl nicht die Anwendung derjenigen Bestimmungen des Rechts dieses anderen Staates betreffen, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann. Diese Regel sollte unabhängig davon angewandt werden, ob die Rechtswahl zusammen mit einer Gerichtsstandsvereinbarung getroffen wurde oder nicht.

1. Parteiautonomie. In Art. 27 Abs. 1 EGBGB hat der deutsche Gesetzgeber das Prinzip der (internationalen) Privatautonomie kodifiziert. Entsprechendes gilt nach Art. 3 Rom I. Die Parteien können, wenn der Sachverhalt eine Verbindung zum Recht unterschiedlicher Staaten aufweist (Auslandsbezug), die Rechtsordnung eines bestimmten Staates frei wählen Art. 3 Abs. 1 EGBGB, Art. 3 Abs. 1 Rom I. Voraussetzung ist also ein Auslandsbezug¹⁰⁰. Nur dieser eröffnet die vollständige Rechtswahlfreiheit, denn anderenfalls gilt Art. 3 Abs. 3 Rom I. Weder die bisherigen Vorschriften des EGBGB noch die der Verordnung Rom I regeln, unter welchen Voraussetzungen die erforderliche Auslandsberührung besteht. Er kann sich aus der unterschiedlichen Staatsangehörigkeit, dem unterschiedlichen Sitz oder Wohnsitz der Parteien oder ggf. auch aus dem Erfüllungsort der vertraglichen Verpflichtungen ergeben¹⁰¹.

Art. 27 Abs. 3 EGBGB und Art. 3 Abs. 3 Rom I schränken die Rechtswahlfreiheit jedoch in gewisser Weise ein. Bei rein inlandsbezogenen Sachverhalten hat die Rechtswahl nach Art. 27 Abs. 3 EGBGB und Art. 3 Abs. 3 Rom I nur die Wirkung einer materiellrechtlichen Verweisung auf die Sachnormen des fremden Rechts. Die zwingenden Normen des an sich maßgeblichen (deutschen) Vertragsstatutes bleiben beachtlich.

Das Zustandekommen und die Wirksamkeit des **Rechtswahlvertrages** unterliegt dem von den Parteien gewählten Schuldstatut und nicht der *lex fori* (Art. 27 Abs. 4, 31 EGBGB sowie Art. 3 Abs. 5, Art. 10, 11, 13 Rom I). Die Rechtswahlvereinbarung und der diesbezügliche Vertrag haben unterschiedliche Schicksale. Die Rechtswahlvereinbarung teilt also nicht das Schicksal des Hauptvertrages. Letzterer mag unwirksam sein. Trotzdem kann die Rechtswahlvereinbarung Wirkungen entfalten. Dann richtet sich die Unwirksamkeit des Hauptvertrages nach dem gewählten Recht¹⁰².

2. Art der Vereinbarung. Art. 27 Abs. 1 S. 2 EGBGB ließ eine Rechtswahl entweder durch ausdrückliche Vereinbarung oder stillschweigend geäußerten realen Parteiwillen zu¹⁰³. Der stillschweigende Parteiwille durfte nur festgestellt werden, wenn sich ein realer nicht geäußelter Parteiwille mit **hinreichender Sicherheit** (Franz: „de façon certaine“, Eng: „with reasonable certainty“) aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergab. Auch das deutsche Recht ging davon aus, dass der hypothetische oder fiktive Parteiwille unbeachtlich ist¹⁰⁴. Das **neue Recht** entspricht im Wesentlichen der Regelung in Art. 27 Abs. 1 EGBGB a.F. In Art. 3 Abs. 1 Rom I wurde allerdings der Wortlaut in Bezug auf stillschweigende Rechtswahlklauseln an den strengeren Wortlaut der französischen Version des EVÜ angepasst (de façon certaine). Zukünftig muss sich eine stillschweigende Rechtswahlvereinbarung „eindeutig“ aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben. Der

⁹⁹ Vgl. Erwägungsgrund 15 Verordnung Rom I.

¹⁰⁰ Siehe Palandt/Thorn, BGB, Art. 3 Rom I Rn. 5.

¹⁰¹ Vgl. dazu Palandt/Thorn, BGB, Art. 3 Rom I Rn. 5.

¹⁰² Palandt/Thorn, BGB, Art. 3 Rom I Rn. 9.

¹⁰³ Vgl. dazu Lorenz RIW 1992, 697 ff.

¹⁰⁴ Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 1117; anders die Rechtslage vor 1986: vgl. dazu OLG München BauR 1986, 242.

22

23

24

25

Plan, ausdrücklich eine Verweisung auf nichtstaatliches Recht zuzulassen, wurde aufgegeben, wenngleich Erwägungsgrund 13 zur Verordnung Rom I diese Möglichkeit nicht ausschließt. In Erwägungsgrund 4 heißt es dann sogar: Sollte die Gemeinschaft in einem geeigneten Rechtsakt Regeln des materiellen Vertragsrechts, einschließlich vertragsrechtlicher Standardbestimmungen, festlegen, so kann in einem solchen Rechtsakt vorgesehen werden, dass die Parteien entscheiden können, diese Regeln anzuwenden. Dieser Erwägungsgrund behält es den Parteien vor, materielle Regeln zu vereinbaren, die auf europäischem Niveau entwickelt werden¹⁰⁵.

- 26 3. Ermittlung des stillschweigenden Parteiwillens.** Wann mit hinreichender Sicherheit (Art. 27 Abs. 1 EGBGB) oder eindeutig (Art. 3 Abs. 3 Rom I) aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles der Wille der Parteien ermittelt werden kann, ihr Vertragsverhältnis einem bestimmten Recht zu unterwerfen, bleibt der Konkretisierung durch Rechtsprechung und Literatur vorbehalten. Daran hat auch die Verordnung Rom I nichts geändert.
- 27 a. Bestimmtheitsanforderungen.** Gänzlich vage Anhaltspunkte kommen als Grundlage für die Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl nicht in Betracht. Dies lässt sich bereits aus der englischen und französischen Fassung des Römischen Übereinkommens entnehmen. In jedem Fall ist der Grad der Bestimmtheit der in Art. 27 Abs. 1 S. 2 EGBGB (und zumal der in Art. 3 Abs. 1 Rom I) gefordert wird, höher als derjenige, der in der ursprünglichen deutschen Rechtsprechung zum hypothetischen Parteiwillen als ausreichend angesehen wurde. Die französische Vertragsfassung legte seit jeher eine strengere Betrachtung nahe als die deutsche und die englische. Doch folgerte man in Frankreich aus Art. 3 Abs. 1 EVÜ auch nicht mehr als dass die Anknüpfung an den puren hypothetischen Parteiwillen ausgeschlossen ist¹⁰⁶. Die Feststellung des einfachen impliziten Willens reicht aus, belegt durch eine Gerichtsstandsklausel, das Verhalten der Parteien im Prozess oder die verwendete Sprache¹⁰⁷. In der neueren französischen Literatur zur Verordnung Rom I werden die beiden Wege beschrieben, die beschritten werden können. Entweder man versucht einen möglichst hohen Grad der Rechtssicherheit zu schaffen oder es muss der Parteiwille ermittelt werden¹⁰⁸. Die Verordnung selbst betont in Erwägungsgrund 16 das Prinzip der Berechenbarkeit. Aus französischer Sicht regelte Art. 3 Abs. 1 EVÜ bereits eine sehr liberale Herangehensweise, die es zuließ z.B. auf frühere Verträge zu schauen, die eine Rechtswahlklausel enthielten¹⁰⁹. Die deutschen Vorschläge gingen dahin, dem vereinbarten Gerichtsstand verstärkten Indizcharakter beizumessen, was sich nicht gegen die französische Haltung durchsetzen ließ¹¹⁰. Stattdessen enthält Erwägungsgrund 12 die Formulierung, wonach „eine Vereinbarung zwischen den Parteien, dass ausschließlich ein Gericht oder mehrere Gerichte eines Mitgliedstaats für Streitigkeiten aus einem Vertrag zuständig sein sollen, [...] bei der Feststellung, ob eine Rechtswahl eindeutig getroffen wurde, einer der zu berücksichtigenden Faktoren sein [sollte]“. Diese Formulierung hat Nourissat¹¹¹ als ein bißchen unklar (quelque peu obscur) bezeichnet und sie dahin erläutert, dass die Gerichtsstandsvereinbarung ein Indiz für eine stillschweigende Rechtswahlvereinbarung darstelle.

¹⁰⁵ Nourissat RLDA 2008 (n° 29), 61. 64.

¹⁰⁶ Loussouarn/Bourel, Droit international privé, Rn. 378-2.

¹⁰⁷ Loussouarn/Bourel, Droit international privé, Rn. 378-2.

¹⁰⁸ Nourissat RLDA 2008 (n° 29), 61. 63.

¹⁰⁹ Nourissat RLDA 2008 (n° 29), 61. 64.

¹¹⁰ Nourissat RLDA 2008 (n° 29), 61. 64.

¹¹¹ Nourissat RLDA 2008 (n° 29), 61. 64.

b. Allgemein anerkannte Indizien. Die deutsche Rechtsprechung hat auf der Grundlage des alten Rechts vielfältige Indizien für eine stillschweigende Rechtswahlvereinbarung anerkannt¹¹²: Vertragsabschluss zwischen im Inland ansässigen Parteien in deutscher Sprache (ja)¹¹³, Vereinbarung eines einheitlichen Gerichtsstandes (ja)¹¹⁴, Vereinbarung eines institutionellen Schiedsgerichts mit ständigem Sitz (ja), die Vereinbarung der AGB einer Partei (ja), Verwendung von Formularen, die auf einer Rechtsordnung aufbauen (ja)¹¹⁵, wörtliche Wiedergabe einer ausländischen Rechtsnorm (ja)¹¹⁶, innerer Zusammenhang mit anderen Verträgen, für die eine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl feststellbar ist (ja)¹¹⁷. Bei der Beurteilung ist darauf zu achten, dass die Grenzen zur Feststellung eines hypothetischen Parteiwillens nicht überschritten werden (dürfen)¹¹⁸. Der **hypothetische Parteiwille** darf seit 1986 nicht mehr herangezogen werden¹¹⁹. Der Abschlussort sowie die Währung, in der gezahlt werden soll, sowie der vertraglich vereinbarte Erfüllungsort haben allenfalls untergeordnete Bedeutung¹²⁰.

c. Bauvertrag. Hinreichende Anhaltspunkte für die stillschweigende Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts in einem grenzüberschreitenden Bauvertrag liegen nach ständiger Rechtsprechung in Deutschland im Regelfall dann vor, wenn die Vertragsparteien die VOB/B, die VOL sowie die deutschen DIN-Vorschriften vereinbart und die besonderen Vereinbarungen des Vertrages an der VOB/B und den gesetzlichen Vorschriften des deutschen Werkvertragsrechts orientiert haben¹²¹. Ob sich aus der Verwendung der VOB/B allein bereits mit hinreichender Sicherheit ergibt, dass die Parteien den Willen besaßen, das deutsche Recht zu vereinbaren, ist zumindest fraglich. Verlangt wird in der Regel, dass die Parteien entweder ausdrücklich auf deutsche Rechtsvorschriften Bezug nehmen¹²² oder dass sie gemeinsam Rücksicht auf die Anforderungen der deutschen Rechtsordnung nehmen¹²³. Zwar verweist die VOB/B an vielen Stellen auf Vorschriften des BGB, doch bleibt der Erklärungsgehalt dürftig, weil diese Verweisungen im Zweifel nicht in das Erklärungsbewusstsein rücken und weil die öffentliche Hand letztlich gezwungen ist, die VOB/B zu verwenden. Keinesfalls kann aber aus der Verwendung internationaler Standardbedingungen (z.B. FIDIC-Bedingungen oder der Orgalime Turnkey-Vertrag) ein Parteiwille zugunsten einer Rechtsordnung abgeleitet werden, obgleich solche Vertragsmuster durchaus implizit auf rechtliche Regelungen in den Common Law Staaten zurückgreifen. Diese Bedingungen müssen allenfalls im Lichte der ihnen zugrunde liegenden Rechtssprache ausgelegt werden. Das ist bei fremdsprachigen Klauselwerken durchaus anerkannt¹²⁴.

¹¹² Vgl. auch Looschelders, IPR, Art. 27 Rn. 18.

¹¹³ BGH NJW-RR 1997, 686, 687.

¹¹⁴ BGH NJW 1996, 2569; OLG Frankfurt RIW 1998, 477.

¹¹⁵ Vgl. BGH NJW-RR 2000, 1002, 1004; OLG Köln IPRspr. 2000 Nr. 21.

¹¹⁶ LG Waldshut Tiengen IPRax 1984, 100.

¹¹⁷ BGH NJW 2001, 1936, 1937.

¹¹⁸ Vgl. Thode, ZfBR 1989, 45.

¹¹⁹ A.A. OLG Celle IPRspr. 1999 Nr. 31, das erkennbar mit völlig veralteter Literatur und ohne Prüfung der Rechtsprechung geurteilt hat.

¹²⁰ Looschelders, IPR, Art. 27 Rn. 18; vgl. auch RG JW 1911, 532.

¹²¹ BGH NJW 2003, 288 und 2605; BGH IPR 1999, 206 = BB 1999, 928 = MDR 1999, 609–610 = NJW-RR 1999, 813 = BauR 1999, 631–632 = WM 1999, 1177–1178 = ZfR 1999, 435–436 = ZfBR 1999, 193 = RIW/AWD 1999, 537–538 = AW-Prax 1999, 299–300.

¹²² Vgl. BGH NJW-RR 1996, 1034; BGH NJW-RR 1997, 686, 687; BGH NJW-RR 2000, 1002, 1004.

¹²³ BGH RIW 1992, 54, 55.

¹²⁴ Vgl. RGZ 122, 233, 235.

- 30 d. Compliance-Regelungen.** Häufig enthalten internationale Standardverträge sog. „compliance“-Vorschriften (so z.B. die FIDIC-Familie in Unterklausel 1.13 FIDIC Red Book, Yellow Book, Silver Book). Solche Regelungen verpflichten den Unternehmer dazu, seine Leistungen in Übereinstimmung mit dem Recht des Baustellenlandes und/oder anderer Rechtsordnungen zu erfüllen (Klausel 1.6 FIDIC Green Book: *The Contractor shall comply with the laws of the countries where activities are performed*, vgl. auch die ähnlichen ausführlicheren Klauseln in 1.13 Silver Book, Red Book und Yellow Book). Solche Klauseln sollen den Unternehmer für den Verstoß gegen die zu beachtenden Rechtsnormen haftbar machen¹²⁵. Sie können im Rahmen der Erwägungen zur stillschweigenden Rechtswahl nicht ignoriert werden. Denn im Zweifel gehen sie weiter als die generelle – außervertragliche – Verpflichtung, zwingende lokale Bestimmungen zu beachten, die sich auch im Rahmen einer Sonderanknüpfung aufdrängen können¹²⁶. Andererseits geben solche Vertragsklauseln lediglich zu erkennen, dass die Parteien den Willen haben, bei der Arbeitsausführung lokales (öffentliches) Recht (in Bezug auf die technischen Standards) zu beachten. Wie weit diese Verpflichtung im Rahmen des Bauvertrages geht, ist eine Frage der Vertragsauslegung¹²⁷. Compliance-Klauseln unterscheiden mithin zwischen den vertraglichen Beziehungen und den äußeren Rahmenbedingungen. Die Folgen der Nichtbeachtung lokalen Rechts sollen sich ausschließlich nach dem Vertrag richten, nicht jedoch zwangsläufig nach der örtlichen Rechtsordnung. Sog. „compliance“-Klauseln haben mithin allenfalls geringen Indizwert, zumal dann, wenn sie auf mehrere Rechtsordnungen hinweisen, wie dies die FIDIC-Familie tut (*Laws of the countries, where ...*). Die von Thode¹²⁸ vorgeschlagene Sonderanknüpfung zwingender baurechtlicher Vorschriften über Art. 9 Rom I dürfte nur in Bezug auf privatrechtliche Sondervorschriften gemeint sein. Das öffentliche Recht ist nicht über Rom I anzuküpfen. Da der Unternehmer in der Regel qua öffentlichen Rechts verpflichtet sein wird, das lokale öffentliche Baurecht anzuwenden, stellt sich anschließend nur die Frage, inwieweit eine Missachtung vertragsrechtlich erheblich ist. Darüber entscheidet allerdings das Vertragsstatut, z.B. auch im Wege der Differenzierung zwischen *obligation de résultat* oder *obligation de moyens* (Frankreich) oder im Wege der Unterscheidung zwischen *skill and care* und *fit for purpose* nach englischem Recht.
- 31 4. Vertragsauslegung.** Im Einzelfall kann das anwendbare Recht auch durch **Auslegung** ermittelt werden¹²⁹. Deutsche Gerichte haben dies mehrfach¹³⁰ unter Rückgriff auf die *lex fori* getan, obwohl grundsätzlich das Vertragsstatut maßgeblich ist¹³¹. Im Fall des BGH¹³² ging es um einen Vergleich, in dem die Parteien auf Art. 2044 ff. Code Civil¹³³ Bezug genommen hatten, während der ursprüngliche Vertrag ausdrücklich deutsches Recht für anwendbar erklärte. Der BGH hielt den Hinweis auf Art. 2044 ff.

¹²⁵ Vgl. The FIDIC Contract's Guide, 72.

¹²⁶ Vgl. Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, Rn. 1085.

¹²⁷ Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, Rn. 1085.

¹²⁸ Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, Rn. 1085.

¹²⁹ Vgl. dazu Lando RabelsZ 38 (1974), 388, 391; Lorenz RIW 1992, 697, 698.

¹³⁰ BGH IPRspr. 2000 Nr. 20; RG IPRspr. 1929 Nr. 35; LG Essen IPRspr. 2001 Nr. 29; vgl. auch LG München I IPRax 1984, 318.

¹³¹ Lorenz RIW 1992, 697, 698.

¹³² BGH IPRspr. 2000 Nr. 20.

¹³³ Art. 2044 ff. Code Civil regeln die Voraussetzungen, unter denen nach französischem Recht ein Vergleich zustande kommt: Der Vergleich (transaction) ist ein Vertrag, durch den die Parteien eine bereits entstandene Streitigkeit oder eine aufkommende Streitigkeit beenden. Der Vertrag kann nur schriftlich abgefasst werden (Art. 2044 Code Civil).

Code Civil unter Anwendung deutscher Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) für eine hinreichend bestimmte Rechtswahl im Sinne des Art. 27 Abs. 1 S. 2 EGBGB¹³⁴. Im Fall des RG¹³⁵ war der Ausgangspunkt, dass sich in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen einer der Parteien eine Verweisung auf das italienische Recht fand, während sich in dem handschriftlichen Text der Versicherungspolice eine Klausel zugunsten des französischen Rechts fand. Das RG entschied, dass es nach deutschem Recht zu entscheiden habe, welches Recht anwendbar sei. Da der handschriftliche Text im deutschen Recht Vorrang vor den gedruckten Bedingungen hat, wendete das RG im Ergebnis französisches Recht an. Im Fall des LG Essen¹³⁶ hatten die Parteien nach Rechtshängigkeit aus prozessualen Überlegungen das ursprünglich anwendbare kuwaitische Recht zugunsten des deutschen Rechts abbedungen. Die Auslegung des LG¹³⁷ ergab, dass die Parteien keine rückwirkende Abänderung des maßgeblichen Rechts wünschten.

Besondere Schwierigkeiten werfen sog. „**construction-Klauseln**“ auf. Sie haben ihren Ursprung in der anglo-amerikanischen Rechtsordnung. Richtig übersetzt handelt es sich um Auslegungsklauseln¹³⁸. Findet sich im Vertrag eine Klausel mit der Formulierung: „*This Agreement shall be construed under the laws of the state Iowa*“, stellt sich die Frage nach der Bedeutung der Klausel. Soll es sich um eine Rechtswahlvereinbarung handeln, muss sich dies mit „hinreichender Sicherheit“ aus den Umständen ergeben. Wie die Klausel zu verstehen ist, muss also durch Auslegung ermittelt werden¹³⁹. Ob die Auslegung nach der in Bezug genommenen Rechtsordnung zu erfolgen hat oder nicht, ist schwer zu beantworten. In England wurde auf der Grundlage einer Äußerung bei Dicey & Morris¹⁴⁰ entschieden, dass die Auslegung nicht nationalen Regeln erfolgen sollte, sondern auf der Grundlage einer an der EVÜ orientierten Auslegung¹⁴¹. In aller Regel dürfte die Auslegung einer solchen Klausel ergeben, dass eine Rechtswahl gewollt war¹⁴².

5. Nachträgliche Rechtswahl. Durch Art. 27 Abs. 2 EGBGB war und Art. 3 Abs. 2 Rom I ist zudem die Möglichkeit eröffnet, dass sich die Parteien nachträglich, entweder ausdrücklich oder stillschweigend, auf das anwendbare Recht einigen können¹⁴³. Im Prozess muss mit der gebotenen Bestimmtheit festgestellt werden, dass beide Parteien das dazu erforderliche Erklärungsbewusstsein hatten¹⁴⁴. Im Grunde genommen reicht es nicht aus, dass sich die Parteien übereinstimmend verhalten. Wenn sich die Parteien lediglich irrtümlich auf eine bestimmte Rechtsordnung berufen, ist dies kein hinreichendes Indiz für einen konkreten Parteiwillen¹⁴⁵. Die Rechtsprechung lässt es jedoch z.B. ausreichen, dass die erstinstanzliche Urteilsbegründung im Berufungsverfahren rügelos hingenommen wird¹⁴⁶. Ausreichend ist auch, dass beide Parteien in Kenntnis der Problematik übereinstimmend von einer bestimmten Rechtsordnung ausgehen bzw.

¹³⁴ BGH IPRspr. 2000 Nr. 20.

¹³⁵ RG IPRspr. 1929 Nr. 35.

¹³⁶ LG Essen IPRspr. 2001 Nr. 29.

¹³⁷ LG Essen IPRspr. 2001 Nr. 29.

¹³⁸ Schröder IPRax 1985, 131, 132.

¹³⁹ Vgl. Schröder IPRax 1985, 131, 132; LG München I IPRax 1984, 318.

¹⁴⁰ Dicey & Morris, Conflict of Laws, Rn. 32-078.

¹⁴¹ Egon Oldendorff v. Libera Corporation (No. 2) [1996] 1 Lloyd's Report 380, 387.

¹⁴² Schröder IPRax 1985, 131, 132; vgl. auch Dicey & Morris, Conflict of Laws, Rn. 32-078.

¹⁴³ Vgl. auch BGH IPRspr. 2000 Nr. 20.

¹⁴⁴ BGHNJW 1991, 1293; vgl. BGH NJW-RR 1990, 249; OLG Celle RIW 1990, 322.

¹⁴⁵ LG Hamburg AWD 1977, 787; OLG Köln NJW 1987, 1151.

¹⁴⁶ OLG Köln RIW 1993, 1025.

sich auf Vorschriften einer nationalen Rechtsordnung stützen¹⁴⁷ oder sich auf sie berufen¹⁴⁸. Eher bizarr ist die Auffassung, man könne eine Rechtswahl aus dem Umstand herleiten, dass sich die Parteien einvernehmlich auf deutsche ZPO Normen berufen haben¹⁴⁹. Dass vor deutschen Gerichten die ZPO gilt, ist auf das lex fori Prinzip zurückzuführen. Es wäre absurd, vor einem deutschen Gericht die Anwendbarkeit deutschen Kollisionsrechts oder Prozessrechts zu beanstanden. Folglich kann man aus dem Umstand, dass sich die Parteien auf solche Normen berufen, keinen Rechtswahlwillen ableiten.

- 34 6. Internationales Einheitsrecht.** Interational gültiges Einheitsrecht ist staatliches Recht. Zum internationalen Einheitsrecht, das zum materiellen deutschen Recht gehört, ist insbesondere das **CISG** (UN-Kaufrecht) zu rechnen. Es genügt mithin nicht, dass sich die Parteien auf deutsches Recht einigen, wenn sie die Anwendung des **CISG** (UN-Kaufrecht) ausschließen wollen, das der BGH auch auf **Werkverträge** anwenden will¹⁵⁰, was allerdings richtigerweise nur für Lieferverträge mit Montageverpflichtung oder Anlagenbauverträge denkbar ist, bei denen der Lieferanteil deutlich überwiegt¹⁵¹. Auch auf Werklieferungsverträge über ein Fertighaus wurde das CISG angewendet¹⁵². Da das CISG nationales Recht ist, beinhaltet die Wahl des deutschen Rechts zugleich die Anwendbarkeit des CISG, wenn es sachlich anzuwenden wäre. Um das CISG zu vermeiden müsste also eine Rechtsordnung gewählt werden, die die Anwendbarkeit des CISG nicht unmittelbar vorsieht. Rechtswahlklauseln können folgenden Wortlaut haben:

Die Parteien vereinbaren die Anwendbarkeit des deutschen Rechts. Die Anwendung des CISG ist ausgeschlossen.

- 35 7. Multiple Rechtsordnungen.** Gelegentlich reicht es nicht aus, die Rechtsordnung eines Nationalstaates zu wählen. In einer Reihe von Nationalstaaten existieren Teilrechtsordnungen nebeneinander, so z.B. in Großbritannien (England und Wales, Schottland, Nordirland), in den USA (Bundesstaaten, z.B. Kalifornien, Florida, etc.), in Kanada (Provinzen, z.B. Québec, British Columbia), Kamerun (Common Law und Civil Law Rechtsordnung) und in der Schweiz (Kantone).
- 36 8. Reichweite des Vertragsstatuts.** Auf das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Einigung der Parteien über das anzuwendende Recht sind die Art. 10, 11 und 13 Rom I (früher Art. 11, 12, 29 Abs. 3 und Art. 31 EGBGB) anzuwenden. Einige den Bauvertrag berührende Fragen (z.B. sein Zustandekommen und seine Wirksamkeit) werden dem Vertragsstatut unterstellt, andere hingegen (z.B. die Form des Vertrages und die Partei- und Rechtsfähigkeit der Parteien) werden anderweitig angeknüpft (z.B. an die Staatsangehörigkeit oder den Ort des Vertragsschlusses) und unterliegen ggf. einer anderen Rechtsordnung als der des Vertrages generell. In einigen Fällen ist die lex

¹⁴⁷ OLG Köln IPRspr. 2001 Nr. 28.

¹⁴⁸ OLG Karlsruhe IPRspr. 2001 Nr. 34.

¹⁴⁹ Vgl. aber KG, Urt. v. 13.7.2006, 20 U 202/04 (unveröffentlicht) wo es heißt: „Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte sich gegen die Zugrundelegung von Vorschriften des deutschen Rechts anstelle des türkischen Rechts nicht berufen hat, sondern in seiner Berufungsbegründung sich ausdrücklich damit auseinander setzt, ob die entsprechenden Vorschriften der ZPO vorliegend eingehalten wurden. In der Anführung von Vorschriften des deutschen Rechts liegt aber zugleich in der Regel eine stillschweigende Vereinbarung des deutschen Recht“. Daneben berief sich das Gericht auf den deutschen Vertragsabschlussort sowie die Verwendung der deutschen Sprache, zwei Indizien die kaum Aussagewert besitzen.

¹⁵⁰ BGH, Urteil vom 06. Juli 2004 – X ZR 171/02.

¹⁵¹ Schlechtriem/Ferrari, CISG, Art. 3 Rn. 17 ff.

¹⁵² Obergericht Kanton Aargau, Urt. v. 3.3.2009, ZOR.2008.16/eb, IHR 2010, 209.

fori anzuwenden, etwa bezüglich verfahrensrechtlicher Fragen vertraglicher Leistungsfeststellungen durch Dritte (Schiedsgutachten und arbitraggio irrituale).

Beispiele: Bauverträge können z.B. dann unwirksam sein, wenn sie den Vertragsgegenstand nicht klar genug definieren¹⁵³. Sofern allerdings naturgegeben eine präzise Beschreibung von Details unmöglich ist, sind geringere Anforderungen an die Wirksamkeit eines Bauvertrages zu stellen¹⁵⁴.

9. Praxishinweis. In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass die wesentliche Frage nach dem anwendbaren Recht zur Chefsache gemacht wird, die zum Schluss im Rahmen einer Paketlösung endverhandelt wird. Kann man sich nicht einigen, wird nach Kompromisslösungen gesucht. Häufig wird in solchen Fällen ein sog. neutrales Recht vereinbart, d.h. es wird ein Recht gewählt, das weder das Heimatrecht der einen noch das der anderen Partei ist. Weder diese Vorgehensweise noch das Ergebnis können befriedigen. Zulässig und wirksam ist eine solche Vereinbarung gleichwohl¹⁵⁵. 37

a. Bedeutung der Rechtswahl. Die Bedeutung der Rechtswahl darf nicht unterschätzt werden. Mit der Rechtswahl werden Grundlagen geschaffen, an denen sich das Vertragswerk orientieren muss, zumindest aber orientieren sollte. Das anwendbare Recht entscheidet über den Inhalt der wechselseitigen vertraglichen Verpflichtungen, die mit dem Vertragsabschluss verbundene gesetzliche Regelungsdichte, die je nach gewählter Rechtsordnung sehr unterschiedlich ausfallen kann¹⁵⁶, die Risikoverteilung und die Rechtsbehelfe im Falle von Leistungsstörungen. Von Bedeutung ist auch, in welchem Umfang das gewählte Recht richterliche Auslegungs- und Rechtsergänzungsspielräume schafft¹⁵⁷, z.B. in dem es anstelle klarer Regelungen offene Rechtsbegriffe verwendet oder in dem es auf Sitten und Gebräuche (§§ 157, 133, 242 BGB) oder etwa den Rückgriff auf islamische Rechtsgrundsätze zulässt (vgl. Art. 1 Abs. 2 des ägyptischen Code Civil). Wer über alle diese Fragen verhandelt, ohne zu wissen, in welcher Rechtsordnung er sich bewegt, kann ohne Zweifel keinen die eigenen Interessen zufrieden stellenden Vertrag verhandeln. Es können sich durch die Rechtswahl Vertragslücken auf-tun oder vertragliche Regelungen können unwirksam werden. Zudem können spezifische Risiken der gewählten Rechtsordnung nicht mehr verhandelt werden. Das Offenlassen der Frage nach dem anwendbaren Recht stellt die Verhandlungsführer mithin so wie einen KFZ-Designer, der ein Auto entwerfen soll, ohne zu wissen, ob er es für den Rechts- oder Linksverkehr entwirft. Der Inhalt des jeweiligen Vertragsstatuts ist mithin sorgfältig aufzuklären¹⁵⁸. 38

¹⁵³ Quick and Grice v. Ashley, 1956, 227 Miss. 273, 86 So.2d 40; James A. Jackson v. Sam Finley, Inc 366 F.2d 148.

¹⁵⁴ Vicksburg Waterworks Co. v. J. M. Guffy Petroleum Co., 1905, 86 Misc. 60, 38 So. 302; James A. Jackson v. Sam Finley, Inc 366 F.2d 148.

¹⁵⁵ Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, Rn. 1088.

¹⁵⁶ Als Faustregel kann gelten, dass die Regelungsdichte in Civil Law Rechtsordnungen hoch ist, während sie in CommonLaw Rechtsordnungen eher niedrig ist.

¹⁵⁷ Vgl. Shalakany, Between Identity and Redistribution: Sanhuri, Genealogy and the Will to Islamise, Islamic Law and Society Journal 8 (2001), 201, 224 unter Bezugnahme auf das Zitat von Sanhoury, Redrafting the Code, 41: Recht kann nicht zwischen Buchdeckeln oder in einer Sammlung von Artikeln zusammengefasst werden ... eine wertvolle Einsicht, die wir der historischen Rechtsschule mit Savigny an der Spitze verdanken.

¹⁵⁸ Siehe auch Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 242.

- 39 b. Neutrales Recht.** Die Wahl eines (vermeintlich) neutralen Rechts (oder Schiedsortes) kommt häufiger vor als man denken würde¹⁵⁹. Sie ist nicht wünschenswert, weil sie in eine unnötige Komplexität führt¹⁶⁰. Das neutrale Recht kann das Parteienverhältnis nur im Rahmen des am Baustellenort zulässigen Rahmens gestalten. Zwingendes Baustellenrecht bleibt ohnehin wirksam¹⁶¹. Häufig kommt hinzu, dass keine der beiden Parteien wirklich weiß, welchen Inhalt das vereinbarte neutrale Recht hat. Erfahrungen mit dieser Rechtsordnung bestehen in der Regel schon gar keine. Diese Situation lässt sich der eines Autodesigners vergleichen, der sein Auto nach den Bedingungen auf dem Mond entwerfen soll.
- 40 c. Parteiinteressen.** Die Rechtswahl sollte möglichst den Erfahrungen und den Kenntnissen der Parteien Rechnung tragen. In die Überlegungen sollte zudem einfließen, welche Vertragssprache gewählt wird, weil sich der juristische Inhalt eines Vertrages nur in der Sprache der jeweiligen Rechtsordnung wirklich zuverlässig ausformulieren lässt. Lässt sich weder das Recht der einen noch das der anderen durchsetzen, sollte eine möglichst ähnliche und sprachlich zugängliche Rechtsordnung gewählt werden (statt französischem Recht wird belgisches Recht, statt brasilianischem Recht wird portugiesisches Recht, statt türkischem Recht wird schweizerisches Recht¹⁶² oder statt australischem Recht wird englisches Recht vereinbart). Nicht wirklich zu empfehlen aber einer neutralen Rechtsordnung ggf. doch vorzuziehen ist die Spaltung des Vertragsstatuts für bestimmte Rechtsbehelfe¹⁶³, etwa wenn die an sich gewählte Rechtsordnung einen Rechtsbehelf nicht kennt (z.B. englisches Recht ist Vertragsstatut und es soll der deutsche Anspruch auf eine Bauhandwerkersicherungshypothek zur Vermeidung andersartiger Sicherungsinstrumente erhalten werden). Auf jeden Fall sollte aber ein Recht ausgewählt und vereinbart werden¹⁶⁴. Die anderenfalls entstehende Rechtsunsicherheit ist unter Umständen noch problematischer.

IV. Das objektive Vertragsstatut

Schrifttum

Ehrecke, Der Schutz des Subunternehmers gegen den Ausfall des Unternehmers nach französischem Recht, IHR 2009, 237; Hök, Zum Sitz des Rechtsverhältnisses beim internationalen Bau- und Architektenvertrag, ZfBR 2006, 741 ff.; Hök, Neues europäisches Internationales Baurecht, ZfBR 2008, 741 ff.; Jacquet/Delebecque/Corneloup, Droit du commerce international, 2. Auflage, Paris 2010; Jayme, Der Subunternehmervertrag im deutsch-französischen Rechtsverkehr, IPRax 1985, 372; Jayme, Komplexe Langzeitverträge und IPR, IPRax 1987, 63; Kegel/Schurig, IPR, 9. Auflage, München 2004; Kürschner, Zur Bedeutung des Erfüllungsortes bei Streitigkeiten aus Bauverträgen für die internationale Zuständigkeit und das nach IPR anzuwendende materielle Recht, ZfBR 1986, 259; Leible/Lehmann, Die Rom I Verordnung, RIW 2008, 528 ff.; Looschelders, Internationales Privatrecht, Heidelberg 2003; Manowski, Gemischte Verträge, objektive dépeçage, Handhabung der Ausweikklausel und Auslegungsmethodik im Internationalen Schuldvertragsrecht, IHR 2010, 89; Martiny, Anwendbares Recht für internationale Bauverträge, BauR 2008, 241 ff.; Martiny, Neues deutsches internationales Vertragsrecht,

¹⁵⁹ Vgl. die ICC Entscheidungen in den Rechtssachen Nr. 11972/2002 (englischsprachiger Vertrag zwischen einer deutschen und einer türkischen Gesellschaft nach deutschem Recht aber mit Schiedsgerichtsort Zürich), Nr. 9419/1998 (Vertrag zwischen einer bulgarischen und einer schweizerischen Gesellschaft nach französischem Recht).

¹⁶⁰ Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 178.

¹⁶¹ Budin, Guide pratique de l'exécution des contrats internationaux de construction, Rn. I 16; vgl. Britton ICLR 2003, 381, 396 zum englischen Housing Act 1996.

¹⁶² Das türkische Zivilrecht wurde aus dem schweizerischen ZGB und OR entlehnt.

¹⁶³ Vgl. dazu Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 178.

¹⁶⁴ Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 178.

RIW 2009, 737 ff.; Nicklisch, Rechtsfragen des Subunternehmervertrages bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft, NJW 1985, 2361; Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Köln 1998; Thode, Die Bedeutung des neuen internationalen Vertragsrecht bei grenzüberschreitenden Bauverträgen, ZfBR 1989, 45; Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Paris 2003; Vetter, Akzessorische Anknüpfung von Subunternehmerverträgen bei internationalen Bau- und Industrieanlagen-Projekten?, NJW 1987, 2124; Wenner, Die objektive Anknüpfung grenzüberschreitender Verträge im deutschen Internationalen Anlagen- und Bauvertragsrecht, FS Jagenburg, München 2000, 205

Ausgangspunkt war Art. 28 EGBGB bzw. ist Art. 4 Rom I: Soweit das auf den Vertrag anzuwendende Recht nicht nach Art. 27 EGBGB (Art. 3 Rom I) vereinbart worden ist, unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist (Art. 28 Abs. 1 S. 1 EGBGB) oder dem Recht des Staates, auf das Art. 3 Abs. 1 Rom I verweist. Lässt sich jedoch ein Teil des Vertrages von dem Rest des Vertrages trennen und weist dieser Teil eine engere Verbindung mit einem anderen Staat auf, so konnte auf ihn nach altem Recht ausnahmsweise das Recht dieses anderen Staates angewandt werden (Art. 28 Abs. 1 S. 2 EGBGB). Art. 4 Rom I enthält keine vergleichbare Regelung. **Altes Recht:** Nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 EGBGB wurde 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. Wurde der Vertrag jedoch in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Partei geschlossen worden, so wurde 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 (Art. 28 Abs. 2 S. 2 EGBGB). Art. 28 Abs. 2 EGBGB war nicht anzuwenden, wenn sich die charakteristische Leistung nicht bestimmen ließ. Soweit der Vertrag ein dingliches Recht an einem Grundstück oder ein Recht zur Nutzung eines Grundstücks zum Gegenstand hatte, wurde gemäß Art. 28 Abs. 3 EGBGB vermutet, dass er die engsten Verbindungen zu dem Staat aufweist, in dem das Grundstück belegen ist. Gemäß Art. 28 Abs. 5 EGBGB galten die Vermutungen nach Art. 28 Abs. 2 und 3 EGBGB nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergab, dass der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist. **Neues Recht:** Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, greift Art. 4 Rom I. Der allgemeine Obersatz, wonach auf die engsten Beziehungen des Vertrages zu einem Recht abzustellen ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 EVÜ, Art. 28 Abs. 1 EGBGB), musste weichen. Er taucht nun als Auffangregel in Art. 4 Abs. 4 Rom I auf. Art. 4 Abs. 1 Rom I enthält Anknüpfungen für eine Vielzahl von benannten Schuldverträgen (insbesondere auch für Dienstverträge, denen z.B. auch der Werkvertrag zuzuordnen ist), die inhaltlich eine Vorwegnahme der aus dem EVÜ übernommenen Regelung des Art. 4 Abs. 2 der Verordnung sind. Nach Art. 4 Rom I also zunächst zu untersuchen, ob für den jeweils betroffenen Vertragstyp (z.B. den Dienstvertrag) eine besondere Anknüpfungsregel existiert (was für den Dienstvertrag zu bejahen ist, vgl. Art. 4 Abs. 1 (b) Rom I). Art. 4 Abs. 1 Rom I listet zu diesem Zweck eine Reihe von Vertragstypen auf, für die jeweils eine besondere Kollisionsregel aufgestellt wird. Nur wenn der jeweilige Vertrag nicht unter Art. 4 Abs. 1 Rom I fällt oder etwa wenn die Bestandteile des Vertrags durch mehr als einen der Buchstaben a bis h des Absatzes 1 abgedeckt sind (also bei gemischttypischen Verträgen), 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. Die bisherige Vermutung (vgl. Art. 4 Abs. 2 EVÜ, Art. 28 Abs. 2 EGBGB) wird also für die (in Art. 4 Abs. 1 Rom I) nicht benannten Vertragstypen zur Regel. Die bisherige Vermutungsregel in Art. 4 Abs. 2 EVÜ, wonach die engste Beziehung des Vertragsverhältnisses mit dem Staat besteht, in dem die Partei ihren Sitz hat, die die vertragscharakteristische Leistung erbringt, ist mithin nicht mehr nur die Leitfigur, sondern die Regel, allerdings nur für Fälle, die nicht ausdrücklich in Art. 4 Abs. 1 Rom I benannt sind. Es überwiegt also für die kollisionsrechtliche Anknüpfung der schuldrechtlichen Verträge das Prinzip der Rechtssicherheit. Dies auch deshalb, weil der in Art. 4 Abs. 1 EVÜ enthaltene Obersatz, wonach es stets auf die engste Beziehung eines Rechtsverhältnisses zu einem Staat ankommt, nur noch die Bedeutung einer Auffangregel hat, die sich in Art. 4 Abs. 4 Rom I wieder findet. Es gilt mithin nach Art. 4 Rom I folgende **Anknüpfungsleiter**:

1. Fällt der zu beurteilende Vertrag unter einen der benannten Verträge in Art. 4 Abs. 1 Rom I?
 - Art. 1 Abs. 1 Rom I → z.B. beim Bauvertrag Verweisung auf den Sitz des Unternehmers
2. Falls nicht, lässt sich bezüglich des Vertrages eine vertragscharakteristische Leistung ermitteln?
 - Art. 1 Abs. 2 Rom I → z.B. beim Lizenzvertrag Verweisung auf den Sitz des Lizenzgebers
3. Falls nicht, zu welchem Staat besteht die engste Beziehung des Vertrages?
 - Art. 1 Abs. 4 Rom I → z.B. beim Tauschvertrag Verweisung auf das Land mit der engsten Beziehung
4. In den Fällen 1 und 2 kann ausnahmsweise eine engere Beziehung zu einem anderen Staat ausschlaggebend sein (Art. 4 Abs. 3 Rom I).
 - Art. 1 Abs. 3 Rom I → z.B. beim Back-to-back-Subunternehmervertrag Verweisung auf das Land mit der engsten Beziehung (den Hauptvertrag)

42 1. Einleitung. Zwar wird gelegentlich behauptet, es komme praktisch nicht vor, dass die Parteien eines internationalen Bauvertrages die Frage des anwendbaren Rechts offen ließen, doch ist dies eine Mär. In ca. 20% der bei der ICC im Jahre 2001 registrierten Fälle fehlte eine Rechtswahlvereinbarung¹⁶⁵. Das IPR hat mithin weiterhin einen hohen Stellenwert. Fehlt eine Rechtswahlvereinbarung oder kann ein stillschweigender Parteiwille nicht festgestellt werden, muss das anwendbare Recht also auf andere Weise als durch den Blick auf den Parteiwillen ermittelt werden.

43 Vor 1986 hatte der Erfüllungsort des Bauvertrages eine zentrale Bedeutung für die Bestimmung des anwendbaren Rechts¹⁶⁶. Mit Inkrafttreten des Artikels 28 EGBGB (im Jahre 1986) hat der Erfüllungsort seine bis dahin maßgebliche Bedeutung für die Bestimmung des Vertragsstatuts verloren. Der deutsche Gesetzgeber knüpfte seither auf der Grundlage des EVÜ an objektive Kriterien an. Art. 28 Abs. 1 EGBGB a.F. bestimmte, dass der Vertrag dem Recht des Staates unterliegt, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Insoweit waren ausschließlich objektive Kriterien maßgeblich.

¹⁶⁵ Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 178.

¹⁶⁶ RGZ 96, 272; BGHZ 57, 72; 75; BGH NJW 1958, 750.

Der hypothetische Parteiwille, der vor Inkrafttreten des Art. 28 EGBGB oftmals zur Bestimmung des anwendbaren Rechts herangezogen wurde, ist kein Kriterium mehr¹⁶⁷. Seit dem 17.12.2009 gilt die Verordnung Rom I. Sie hat gegenüber vorstehenden Aussagen keine wesentlichen Änderungen mit sich gebracht. Die beachtlichen Abweichungen liegen mehr im Detail.

a. Vermutungsregelungen. Worin die engste Verbindung eines Vertrages mit einem Staat besteht, konkretisieren widerlegbare Vermutungen in den Artikeln 28 Abs. 2 bis 4 EGBGB a.F. Danach wird die engste Verbindung des Vertrages mit dem Staat vermutet, 44

- in dem die Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Niederlassung hat, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat (Art. 28 Abs. 2 EGBGB)
- bei schuldrechtlichen Verträgen über dingliche Grundstücksrechte oder über ein Recht zur Nutzung des Grundstücks, in dem das Grundstück belegen ist (Art. 28 Abs. 3 EGBGB)
- in dem der Güterbeförderer seine Hauptniederlassung hat, wenn sich in diesem Staat der Ort der Beladung oder Entladung oder der Hauptniederlassung des Absenders befindet (Art. 28 Abs. 4 EGBGB).

Art. 4 Rom I **ersetzt** die früheren Vermutungsregelungen, um mehr Rechtssicherheit zu schaffen. Für die in Art. 4 Abs. 1 Rom I genannten Vertragstypen enthält die Vorschrift jeweils eine besondere Verweisungsregel. Der Verweisungskatalog umfasst sieben Vertragstypen. Zu den wichtigsten benannten Vertragstypen gehören der Kaufvertrag (Art. 4 Abs. 1 (a) Rom I), der Dienstleistungsvertrag (Art. 4 Abs. 1 (b) Rom I) und der Vertrag über dingliche Rechte an Grundstücken (Art. 4 Abs. 1 (c) Rom I). Unlängst wurde für das Baurecht auch Art. 4 Abs. 1 (g) Rom I ins Spiel gebracht, der die Fälle des Verkaufs beweglicher Sachen durch Zwangsversteigerung regelt¹⁶⁸. Art. 4 Abs. 1 Rom I verweist hinsichtlich des Kaufvertrages auf den Sitz des Verkäufers, hinsichtlich der Dienstleistungsverträge auf den Sitz des Dienstleisters und bezüglich der Verträge über dingliche Rechte an Grundstücken auf das Lagerecht der Immobilie.

b. Bauvertrag ohne Eigentumsverschaffungspflicht. Altes Recht: Art. 28 Abs. 2 EGBGB vermutete die engste Beziehung des Vertrages mit dem Staat, in dem die Vertragspartei ansässig ist, die die sog. vertragscharakteristische Leistung erbringt. Nicht definiert war, was als vertragscharakteristische Leistung anzusehen ist¹⁶⁹. Bei Bau- und Anlagenbauverträgen bereitete jedoch die Bestimmung der vertragscharakteristischen Leistung grundsätzlich keine Probleme, weil im synallagmatischen Vertragsverhältnis stets die Leistung charakteristisch ist, die die Sachleistung ist, für die eine Geldleistung erbracht wird¹⁷⁰. Die Verpflichtung zur Entgeltzahlung ist unmaßgeblich. Allerdings sollte diese Erkenntnis nicht zu vorschnellen Entscheidungen verleiten, denn je komplexer die Vertragswerke werden und je stärker sie den Gedanken des **Partnering** aufgreifen, desto schwieriger wird die Bestimmung der vertragscharakteristischen Verpflichtung. Im Einzelfall kann es gänzlich unmöglich sein, eine vertragscharakteristische Leistung zu ermitteln. Dann galt Art. 28 Abs. 5 EGBGB i.V.m. Art. 28 Abs. 1 EGBGB¹⁷¹. **Neues Recht:** Der Bauvertrag ohne Eigentumsverschaffungspflicht fällt unter Art. 4 45

¹⁶⁷ Vgl. Thode, ZfBR 1989, 45; Looschelders, IPR, Art. 28 Rn. 22.

¹⁶⁸ Vgl. Bittrich IPRax 2009, 465 ff., der die Auffassung vertritt, es könnte im Rahmen öffentlicher Vergaben eine analoge Anwendung des Art. 4 Abs. 1 (g) Rom I in Betracht kommen.

¹⁶⁹ Wenner FS Jagenburg, 205, 208.

¹⁷⁰ Wenner FS Jagenburg, 205, 208.

¹⁷¹ Vgl. Apple Corps Ltd. v. Apple Computer Inc. [2004] EWHC 768 (Ch).

Abs. 1 (b) Rom I, so dass das Recht am Sitz des Bauunternehmers maßgeblich ist. Ob dies allerdings auch für den Bereich der öffentlichen Vergaben gilt, bleibt abzuwarten. Zweifel hieran, ergeben sich unter anderem daraus, dass manche Staaten öffentliche Aufträge als Teil des Verwaltungshandelns begreifen und die entsprechenden Verträge dem öffentlichen Recht unterstellen. Klassisches Beispiel hierfür ist Frankreich.

- 46 In der Verordnung Rom I wird der Bau- oder Werkvertrag nicht ausdrücklich erwähnt. Stattdessen greift Rom I auf den bereits in der EuGVVO verwendeten Begriff der **Dienstleistungsverträge** zurück. Die Erwägungsgründe zur Verordnung Rom I machen darauf aufmerksam, dass, soweit es das mangels einer Rechtswahl anzuwendende Recht betrifft, die Begriffe „Erbringung von Dienstleistungen“ und „Verkauf beweglicher Sachen“ so ausgelegt werden sollten wie bei der Anwendung von Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (EuGVVO), soweit der Verkauf beweglicher Sachen und die Erbringung von Dienstleistungen unter jene Verordnung fallen. Damit ist der Begriff der Dienstleistung autonom zu bestimmen¹⁷². Werk- und Bauverträge fallen nach ständiger Rechtsprechung¹⁷³ zur EuGVÜ und zur EuGVVO und einhelliger Meinung in der Literatur unter den Begriff der Dienstleistungsverträge¹⁷⁴. Folglich ist das Bauvertragsrecht künftig in Art. 4 Abs. 1 Rom I ausdrücklich geregelt. Es findet das Recht des Staates Anwendung, in dem der Dienstleister (spricht der Werkunternehmer, Architekt oder Ingenieur) seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Das steht im Einklang mit der bisherigen deutschen Rechtsprechung zu Art. 28 EGBGB.
- 47 Die h.M.¹⁷⁵ zur Behandlung grenzüberschreitender Bau- und Anlagenbauverträge führte in der Vergangenheit normalerweise zur Anwendung des Rechts am Sitz des Unternehmers, wenn auch u.U. mit Einschränkungen, die sich aus der *lex rei sitae* ergeben¹⁷⁶, wenngleich die Anknüpfung an die *lex rei sitae* im Grundsatz obsolet geworden ist¹⁷⁷. Der BGH¹⁷⁸ hat insoweit ausgeführt:

„Die Regelvermutung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB gilt auch für Bauverträge¹⁷⁹. Danach ist das Recht des Staates anzuwenden, in welchen die Partei ihren Sitz hat, welche die charakteristische Leistung des Vertrages zu erbringen hat. Der Werkvertrag wird wie beispielsweise der Dienstvertrag¹⁸⁰ nicht durch die Geldleistung des Auftraggebers, sondern durch die Leistung des Auftragnehmers charakterisiert. Das führt regelmäßig zum Recht des Ortes der Niederlassung des Werkunternehmers. Die Baustelle ist für sich genommen kein hinreichender Umstand, der abweichend von der Vermutung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB eine engere Verbindung im Sinne des Art. 28 Abs. 5 EGBGB begründen könnte.“

¹⁷² So auch Leible/Lehmann RIW 2008, 528, 535; OGH, 18.11.2003, 10b 63/03a, RdW 2004, 222 (RS) = ÖJZLSK 2004/78 und 79 (RS).

¹⁷³ Vgl. OGH, 24.01.2008, 20b 192/07k (Österreich); OLG Düsseldorf IHR 2004, 108, 117 Anmerkung Herber.

¹⁷⁴ Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Auflage, Heidelberg 2005, Art. 5 Rn. 44.

¹⁷⁵ BGH RIW 1999, 456 = BauR 1999, 677 = ZfBR 1999, 208; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1144; Looschelders, IPR, Art. 28 Rn. 34; Erman/Hohloch, BGB, Art. 28 EGBGB Rn. 39; Staudinger/Magnus, BGB, Art. 28 EGBGB Rn. 310; Vetter ZvgIRWiss 87 (1988), 248, 260; Wenner FS Jagenburg, 205, 209.

¹⁷⁶ Vgl. Nussbaum, IPR, 246.

¹⁷⁷ Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, Rn. 1084.

¹⁷⁸ BGH RIW 1999, 456, ihm folgend OLG Brandenburg IPRspr. 2000 Nr. 23 A.

¹⁷⁹ Vgl. auch Jacquet/Delebecque/Corneloup, Droit du commerce international, Rn. 645 zu Art. 4 EVÜ; Nuyts Rev.dr.int. et dr.comp. 2000, 143.

¹⁸⁰ BGHZ 128, 41, 48.

Gelegentlich hat der BGH¹⁸¹ den engen Zusammenhang zweier Sachverhalte darüber entscheiden lassen, welches Recht maßgeblich ist. So unterwarf er eine Vereinbarung über die Lieferung von Küchenmöbeln dem Vertragsstatut des Bauvertrages, mit dem diese in einem engen Zusammenhang stand. Im Rahmen der Verordnung Rom I müsste der BGH nun auf Art. 4 Abs. 3 Rom I zurückgreifen. Ausgeschlossen ist das nicht¹⁸². Bei Subunternehmerverträgen geht die Rechtsprechung stillschweigend von einer selbständigen Anknüpfung aus¹⁸³. Aber gerade insoweit wäre in Zukunft genauer zu untersuchen, ob nicht über Art. 4 Abs. 3 Rom I eine unselbständige Anknüpfung in Betracht kommt¹⁸⁴. Immerhin haben Haupt- und Nachauftrag Bezug zum selben Vertragsgegenstand, auf dessen Erfüllung auch der Subauftrag tendenziell gerichtet ist.

c. Bauvertrag mit Eigentumsverschaffungspflicht. Bei grenzüberschreitenden Bauverträgen waren nach h.M. regelmäßig Art. 28 Abs. 2 oder Art. 28 Abs. 3 EGBGB maßgeblich¹⁸⁵. Welche der beiden Regelungen einschlägig war, hing ausschließlich davon ab, ob die Bauverpflichtung zugleich die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung an dem Baugrundstück enthielt (dann Art. 28 Abs. 3 EGBGB)¹⁸⁶ oder nicht. Einfache Bauverträge fielen keinesfalls unter Art. 28 Abs. 3 EGBGB. Der Bericht von Giuliano/Lagarde¹⁸⁷ und die Denkschrift der Bundesregierung kommentieren die Vermutungsregelung in Art. 28 Abs. 3 EGBGB übereinstimmend dahin, dass Bauverträge nicht unter die Sondervorschrift fallen, weil sie keine Grundstücks- oder Grundstücknutzungsrechte zum Gegenstand haben, sondern die auszuführende Bauleistung an den Gebäuden im Vordergrund steht. **Neues Recht:** Beinhaltet der Bauvertrag auch die Verschaffung des Eigentums am Baugrundstück oder der Eigentumswohnung verweist Art. 4 Abs. 1 (c) Rom I auf das Lagerecht der Immobilie. Grundsätzlich lässt sich auch über Art. 4 Abs. 1 Rom I nicht argumentieren, dass der einfache Bauvertrag quasi eine Eigentumsverschaffung im Sinne der Norm beinhalte.

d. Atypische Beziehungen. Weist der Vertrag aufgrund von atypischen, ungewöhnlichen oder besonderen tatsächlichen Umständen eine engere Beziehung zu der Rechtsordnung eines anderen Staates auf, so galten die vorstehenden Vermutungen gemäß Art. 28 Abs. 5 EGBGB a.F. als widerlegt¹⁸⁸. Art. 4 Abs. 3 Rom I (siehe auch Art. 4 Abs. 5 EVÜ) enthält eine ähnliche Regelung. Weder das bisherige deutsche Gesetz noch die Verordnung Rom I enthalten jedoch nähere Informationen darüber, welche Umstände und Konstellationen vorliegen müssen, damit anstelle des Art. 28 Abs. 2 EGBGB die Regelung des Art. 28 Abs. 5 EGBGB oder anstelle des Art. 4 Abs. 1 Rom I die Regelung in Art. 4 Abs. 3 Rom I über das anwendbare Recht entscheidet¹⁸⁹. Beide Ausnahmetatbestände (Art. 28 Abs. 5 EGBGB und Art. 4 Abs. 3 Rom I) enthalten keine ausdrückliche Anknüpfungsregel. Diese muss das Gericht aus den vorgefundenen Umständen und Konstellationen entwickeln. Nach der Rechtsprechung des BGH¹⁹⁰ galt bislang die Vermutung, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im

¹⁸¹ BGHZ 125, 196.

¹⁸² Vgl. Azzi D. 2008, 2169, 2174.

¹⁸³ BGHZ 83, 197 ff.; BGH NJW 1982, 1458, 1459; vgl. auch Pulkowski IPRax 2001, 306, 308.

¹⁸⁴ Siehe Azzi D. 2008, 2169, 2174.

¹⁸⁵ BGH RIW 1999, 456.

¹⁸⁶ So auch Britton ICLR 2003, 381, 396.

¹⁸⁷ BT-Drucks. 10/503.

¹⁸⁸ Vgl. TGI Poitiers Rev. crit. dr. int. pr. 2001, 670, 671.

¹⁸⁹ Wenner FS Jagenburg, 205, 211.

¹⁹⁰ BGH, Urteil vom 26.7. 2004 – VIII ZR 273/03.

Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, nicht, wenn solche Anknüpfungspunkte zu einem anderen als dem vermuteten Recht führen, die an Gewicht den von der Vermutung verwendeten Anknüpfungspunkt deutlich übertreffen, und sich ein anderes Zentrum des Leistungsaustauschs eindeutig ermitteln lässt. Das konnte etwa bei einem **Kaufvertrag** über eine Forderung gegenüber dem nach Deutschland weisenden Sitz des Verkäufers der Fall sein, wenn die deutschem Recht unterliegende Forderung durch eine an einem französischen Grundstück bestellte Hypothek gesichert ist, es dem Käufer entscheidend auf den Erwerb der Hypothek ankommt, eine Beurkundung des Kaufvertrags durch einen französischen Notar in französischer Sprache erfolgen und die Parteien dabei von französischen Rechtsanwälten vertreten werden sollen und der Kaufpreis in französischer Währung vereinbart ist¹⁹¹. Der EuGH betont, dass das Kriterium der Rechtssicherheit in die Abwägung einfließen muss¹⁹². Die Ausweichklausel ist unter Bezugnahme auf den Bericht von Giuliano/Lagarde¹⁹³ auszulegen¹⁹⁴. Für den Bauvertrag liegt es auf der Hand, den Baustellenort als alternative Anknüpfung zu verstehen¹⁹⁵, zumal dann, wenn man mitberücksichtigt, dass der Besteller wesentliche Leistungen zu erbringen hat, die keine Geldzahlung beinhalten. Gelegentlich wird auch die gesonderte (akzessorische) Anknüpfung von Subunternehmerverträgen an den Hauptvertrag diskutiert¹⁹⁶. In Bezug auf gemischttypische Verträge (z.B. Design, Build & Operate) soll nur ganz ausnahmsweise eine Aufspaltung vorgenommen werden. Die Regel geht dahin, Verträge einheitlich anzuknüpfen¹⁹⁷.

- 51 In der älteren Vergangenheit überwog in der Rechtsprechung die Neigung, den Sitz des Bauvertrages am Ort der Baustelle anzunehmen¹⁹⁸. Seit Inkrafttreten der Novelle zum EGBGB im Jahre 1986 ging man allerdings in Deutschland davon aus, Art. 28 Abs. 5 EGBGB stelle eine echte Ausnahme dar¹⁹⁹ und komme nur zum Tragen, wenn Umstände des Einzelfalles den Anknüpfungsgehalt der gesetzlichen Vermutung deutlich überwögen²⁰⁰. Jedoch übersah man dabei, dass Art. 28 Abs. 1 EGBGB als fundamentale Grundregel den Satz aufstellte, dass bei der Anknüpfung eines Rechtsverhältnisses die engsten Beziehungen desselben zu einer Rechtsordnung zu ermitteln waren²⁰¹. Doch regelte Art. 28 Abs. 1 EGBGB nur das Grundanliegen und keine eigenständige Kollisionsnorm im engeren Sinne. Ausschlaggebend waren deshalb die Regeln in Art. 28 Abs. 2 bis 5 EGBGB. Die Vermutungsregel in Art. 28 Abs. 2 EGBGB (Art. 4 Abs. 2 EVÜ) stellte nicht unmittelbar auf den Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses ab, sondern verwies auf das Recht der Partei, die die vertragscharakteristische Leistung erbrachte, weil die Regelanknüpfung an den Erfüllungsort problematisch war²⁰². Die Regelvermutung sollte nicht angewendet werden, wenn es engere Beziehungen des Rechtsverhältnisses zu einer anderen Rechtsordnung gab. Nur wer dies beachtete, hielt sich innerhalb des Programmsatzes des Art. 28 Abs. 1 EGBGB auf.

¹⁹¹ BGH, Urteil vom 26.7. 2004 – VIII ZR 273/03.

¹⁹² EuGH, Urt. v. 6.10.2009, Rs. C-133/08, IHR 2010, 128 ff.

¹⁹³ Bericht Giuliano/Lagarde, ABI 1980, C-282/1 = BT-Drucks. 10/503.

¹⁹⁴ EuGH, Urt. v. 6.10.2009, Rs. C-133/08, IHR 2010, 128 ff.; vgl. auch Mankowski IHR 2010, 89, 93.

¹⁹⁵ Vgl. Wenner FS Jagenburg, 205, 211.

¹⁹⁶ Vgl. Wenner FS Jagenburg, 205, 211.

¹⁹⁷ EuGH, Urt. v. 6.10.2009, Rs. C-133/08, IHR 2010, 128 ff.; vgl. auch Mankowski IHR 2010, 89, 90.

¹⁹⁸ BGH NJW 1986, 935; siehe dazu auch Kegel FS R. Schmidt (1966), 215, 223; Art. 6 des Empfehlungsentwurfs für die Schiedsrichter der IHK; vgl. auch Lando FS Zweigert 1981), 157, 173.

¹⁹⁹ BT-Drucks. 10/504, 79.

²⁰⁰ Looschelders, IPR, Art. 28 Rn. 81; Erman/Hohloch, BGB, Art. 28 EGBGB Rn. 17; Wenner FS Jagenburg, 205, 211.

²⁰¹ Vgl. Audit, Droit International Privé, Rn. 803.

²⁰² Audit, Droit International Privé, Rn. 803.

Ob es daher im Einzelfall nicht sinnvoll gewesen wäre, den **Baustellenort** über Art. 28 Abs. 5 EGBGB zum maßgeblichen Kriterium für die Ermittlung des anwendbaren Rechts zu berufen, hat der Bundesgerichtshof²⁰³ nie diskutiert. Er stellte lediglich lapidar fest, dass die Baustelle keine engere Verbindung im Sinne des Art. 28 Abs. 5 EGBGB herstellen könne²⁰⁴. Bezeichnend ist, dass die naturgegebenen besonderen Beziehungen des Bauvertrages zum Baustellenort nicht erwähnt wurden. Es sprach aber insbesondere bei **Konsortialverträgen** viel dafür, den Baustellenort als objektives Anknüpfungsmoment heranzuziehen, da in einem Konsortium nicht ohne weiteres auf den Sitz der beteiligten Unternehmen abgestellt werden kann, denn der Sitz dieser Unternehmen befindet sich oftmals in verschiedenen Staaten. In der Literatur hatten sich eine Reihe von Autoren für das Recht des Baustellenlandes ausgesprochen²⁰⁵. In **Frankreich** wird zudem traditionell das Baustellenrecht bevorzugt²⁰⁶, denn dem Zugriff des Baustellenrechts konnte man sich nur schwerlich entziehen²⁰⁷. So wurde vertreten, dass die Anziehungskraft des Baustellenortes so stark sei, dass der Bauvertrag praktisch zur Immobilienoperation werde, auf die die *lex rei sitae* Anwendung finden müsse²⁰⁸. Diese Haltung hat auch für die französische Rechtsprechung²⁰⁹ Anziehungskraft. Die **englischen** Gerichte tendieren dahin, bei Bauverträgen Art. 28 Abs. 5 EGBGB (Art. 4 Abs. 5 EVÜ = Art. 4 Abs. 3 Rom I) als ernsthafte Alternative zu prüfen²¹⁰. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des **Bundesgerichtshofes**²¹¹ habe ich daher zum alten Recht vertreten, es solle das Baustellenrecht zur Anwendung kommen, wenn das anwendbare Recht nicht ohne weiteres über Art. 28 Abs. 2 EGBGB feststellbar ist und sich weitere, wenn auch geringfügig Merkmale zu Gunsten des Baustellenlandes feststellen lassen²¹². Meines Erachtens bedeutete die Anwendung des Rechtes des Baustellenlandes keine unnötige Annäherung an Art. 28 Abs. 3 EGBGB. Sie trug vielmehr dem Umstand Rechnung, dass die Vermutung in Art. 28 Abs. 2 EGBGB dazu diene, den Sitz des Vertragsverhältnisses zu ermitteln, was die schematische Bevorzugung des Sitzes einer Partei ausschließt. Gerade deshalb existierte Art. 28 Abs. 5 EGBGB, der im Übrigen von der deutschen Rechtsprechung in anderen Konstellationen ohne große Hemmungen herangezogen wurde, etwa um Art. 28 Abs. 3 EGBGB auszuhebeln. Nach Auffassung des OLG Köln²¹³ reichte es z.B. bereits aus, dass der Grundstückskaufvertrag zwischen zwei deutschen Vertragspartnern in deutscher Sprache abgefasst ist und der Kaufpreis in DM ausgewiesen wird, um das niederländische *lex rei sitae* auszuschalten.

Das **neue Recht** verbietet es auf den ersten Blick, die Diskussion über die Anknüpfung des Werkvertrages fortzusetzen, weil der Leitsatz in Art. 28 Abs. 1 EGBGB in der Verordnung Rom I keine Entsprechung hat. Tatsächlich aber öffnet Art. 4 Abs. 3 Rom I²¹⁴ durchaus Raum für eine solche Diskussion. Ergibt sich aus der Gesamtheit der

²⁰³ Vgl. BGH RIW 1999, 456; anders noch BGH NJW 1986, 935 zum alten Recht.

²⁰⁴ Ebenso OLG Brandenburg IPRspr. 2000 Nr. 23 A.

²⁰⁵ Thode, ZfBR 1989, 43, 47.

²⁰⁶ TGI Poitiers Rev. crit. dr. int. pr. 2001, 670, 671 mit Anm. Rémy-Corlay (zustimmend) m.w.N. zur französischen Rechtsprechung; Jacquet/Delebecque, *Droit du commerce international*, 3. Auflage, 2002, Rn. 315.

²⁰⁷ Glavinis, *Le contrat international de construction*, Rn. 7.

²⁰⁸ Glavinis, *Le contrat international de construction*, Rn. 643.

²⁰⁹ TGI Poitiers Rev. crit. dr. int. pr. 2001, 670, 671.

²¹⁰ Vgl. Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE v. Land Rover Exports Ltd [2001] EWCA Civ 2019; Britton ICLR 2003 381, 395.

²¹¹ BGH RIW 1999, 456.

²¹² Vgl. auch Looschelders, IPR, Art. 28 Rn. 34.

²¹³ OLG Köln IPRspr. 2000 Nr. 26; vgl. auch den ähnlichen Fall OLG Nürnberg NJW-RR 1997, 1484.

²¹⁴ Vgl. zur Ausweichklausel eingehend Mankowski IHR 2008, 133, 137 f., der z.B. eine Sonderanknüpfung von Subunternehmerverträgen für möglich hält.

Umstände, dass der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem nach Art. 4 Abs. 1 oder 2 Rom I bestimmten Staat aufweist, so ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. Diese Regelung war im Entwurf der Kommission nicht enthalten. Das stieß auf Kritik in der Lehre²¹⁵ und des Wirtschafts- und Sozialausschusses des Europäischen Parlaments, die sich der europäische Gesetzgeber schlussendlich zueigen gemacht hat. Jedoch betont Art. 4 Abs. 3 Rom I stärker den Ausnahmecharakter einer Sonderanknüpfung als dies nach dem EVÜ der Fall war. Zukünftig muss eine „offensichtlich“ engere Verbindung zu einem anderen Staat bestehen. Überdies hat der Gesetzgeber in der französischen Version der Verordnung die Formulierung „l'ensemble des circonstances de la cause“ aufgenommen, die in der deutschen Übersetzung fehlt, wo nur von der „Gesamtheit der Umstände“ die Rede ist, die in die Überlegungen einzubeziehen sind. Ob und inwieweit die französische Variante eine restriktivere Handhabung des Ausnahmetatbestandes zur Folge haben wird, muss abgewartet werden.

Festzuhalten bleibt, dass es die Verordnung Rom I nicht verbietet, das anzuknüpfende Rechtsverhältnis näher zu untersuchen²¹⁶. Eine sklavische Anknüpfung über Art. 4 Abs. 1 Rom I ist weder geboten noch sinnvoll, wenn eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem nach Art. 4 Abs. 1 oder 2 Rom I bestimmten Staat besteht. Die Baustelle erzeugt für sich genommen besondere Verpflichtungen der Bauvertragsparteien, etwa in Form der französischen Décennale-Haftung oder in Form der französischen Subunternehmerdurchgriffsansprüche. Hinzu kommen die oftmals komplexe Arbeitsteilung auf der Baustelle sowie der Einfluss des öffentlichen Baurechts auf den Inhalt der vertraglichen Verpflichtungen. Ferner sollte nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Bauvertrag typischerweise Mitwirkungspflichten des Bauherrn bedingt, die vor allem in der Überlassung des Baugrundes und der Bereitstellung der Ausgangsplanung bestehen. Sodann sehen nahezu alle Bauverträge Befugnisse des Bauherrn vor, in die Bauabwicklung einzugreifen und Leistungsänderungen anzuordnen. Schließlich übernimmt der Bauherr Koordinierungspflichten, wenn er das Bauvorhaben in unterschiedlichen und getrennten Losen vergibt. Alle diese Aspekte zusammen genommen rechtfertigen es aus Sicht des Autors, von der Anknüpfung in Art. 4 Abs. 1 Rom I abzuweichen. Dem Umstand, dass der manifeste Ausnahmecharakter des Art. 4 Abs. 3 Rom I vermeiden soll, dass ein Abweichen von der Regel zu einer Beliebigkeit bei der Berufung des anwendbaren Rechts führt²¹⁷, wird Rechnung getragen. Die gebotene sorgfältige Prüfung führt nahezu zwangsläufig dazu, sich von der wenig überzeugenden Bindung an das Unternehmerrecht abzuwenden. Die Anknüpfung an den Ort der Baustelle ist gut vorhersehbar und drängt sich auf. Sie löst Spannungen zwischen dem Baustellenrecht und dem Vertragsrecht auf, die gerade im Bauvertragsrecht möglichst vermieden werden müssen, weil Bauqualität auch im öffentlichen Interesse liegt.

²¹⁵ Lagarde, *Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Rev. Crit. DIP 2006, 331, 338; Corbion/Poillot-Perizzetto, *Les modifications apportés par la proposition de Règlement Rome I*, RLDA 2006/4, n° 225; Hartley, *The Proposed Rome I Regulation : Applicable Law in the Absence of Choice*, in *Mélanges en l'honneur de Gaudemet-Tallon*, Paris 20008, 717; Wirtschafts- und Sozialausschuss, n° 2006/C-318/10 v. 13.9.2006; ABl v. 23.12.2006, Nr. C-318, 56.

²¹⁶ Siehe auch Mankowski IHR 2008, 133, 137 f.

²¹⁷ Wirtschafts- und Sozialausschuss, n° 2006/C-318/10 v. 13.9.2006; ABl v. 23.12.2006, Nr. C-318, 56, 59 unter Ziffer 3.2.4.

2. Zur Anknüpfung des Bauvertrages

Schrifttum

v. Bar, IPR, Band I, 2. Auflage, München 2003; Battifol/Lagarde, Droit International Privé, Band I + II, 7. Auflage, Paris 1983; Kegel/Schurig, IPR, 9. Auflage, München 2004; Seif, Savigny und das IPR des 19. Jahrhunderts, RabelsZ 65 (2001), 492; Martiny, Anwendbares Recht für internationale Bauverträge, BauR 2008, 241

Art. 28 EGBGB a.F. war nicht einfach zu handhaben. Es fehlte an offenkundigen Regeln für das Arbeiten mit der Vorschrift. Ein schönes Lehrbeispiel fand sich in der englischen Rechtsprechung. Richter Mann hat verallgemeinernd folgende Arbeitsschritte zusammengestellt²¹⁸:

53

- Ich muss, wenn möglich, die nach dem Vertrag geschuldete charakteristische Leistung aufklären.
- Wenn ich das tun kann, muss ich aufklären, welche Partei diese Leistung erbringt.
- Ist einmal diese Partei identifiziert (wenn möglich) muss ich den Ort des tatsächlichen Verwaltungssitzes dieser Partei feststellen. Dieser begründet den Anlass für die Vermutung, dass dies das Recht ist, mit dem der Vertrag die engste Beziehung aufweist, und diese enge Beziehung liefert das anwendbare Recht.
- Doch, habe ich diese Partei einmal ermittelt, muss ich erwägen, ob der Vertrag tatsächlich und nach den Umständen enger mit einem anderen Land verbunden ist (Art. 4 Abs. 5 EVÜ); wenn dem so ist, dann liefert dieser Staat das anwendbare Recht.
- Auch wenn ich die vertragscharakteristische Leistung nicht aufklären könnte, müsste ich entscheiden, mit welchem Land der Vertrag die engsten Beziehungen aufweist, und dieser Staat würde dann das anwendbare Recht bereithalten (Art. 4 Abs. 5 und Art. 4 Abs. 1 EVÜ).

Diese Vorgehensweise ist pragmatisch und richtig. Es sollte ergänzt werden, dass es bei der Suche nach der geeigneten Anknüpfung des Rechtsverhältnisses zunächst auch darauf ankommt, das betroffene Rechtsverhältnis richtig zu qualifizieren²¹⁹. Letzeres gewinnt gerade unter der Herrschaft der Verordnung Rom I wieder mehr an Bedeutung, weil die Kasuistik in Art. 4 Abs. 1 Rom I eine Charakterisierung erfordert. Die vorstehende Vorgehensweise muss nach Maßgabe der Verordnung Rom I allerdings neu formuliert werden.

1. **Qualifikation möglich:** Ich muss, wenn möglich, den Charakter des Vertragsverhältnisses ermitteln.
2. Wenn ich das tun kann, muss ich die entsprechende Regelung in Art. 4 Abs. 1 Rom I anwenden (aber ggf. nach Schritt 5 verfahren). Sie verweist dann auf das anwendbare Recht.
3. **Qualifikation unmöglich:** Ist es mir unmöglich, das Vertragsverhältnis zu qualifizieren und einem in Art. 4 Abs. 1 Rom I benannten Vertragstyp zuzuordnen (z.B. beim Allianceing), muss ich, wenn möglich, die nach dem Vertrag geschuldete **charakteristische Leistung** aufklären (Art. 4 Abs. 2 Rom I)
4. Ist einmal diese Partei identifiziert (wenn möglich) muss ich den Ort des tatsächlichen Verwaltungssitzes dieser Partei feststellen. Dieser bestimmt das Recht, mit

²¹⁸ Apple Corps Ltd. v. Apple Computer Inc. [2004] EWHC 768 (Ch).

²¹⁹ Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v. An Feng Steel Co. Ltd. & Ors [2001] EWCA Civ 68 (26 January 2001).

dem der Vertrag die engste Beziehung aufweist, und diese enge Beziehung liefert das anwendbare Recht.

5. Doch, habe ich entweder das Recht nach Art. 4 Abs. 1 Rom I ermittelt oder die Partei einmal ermittelt, die die vertragscharakteristische Leistung erbringt, muss ich erwägen, ob der Vertrag tatsächlich und nach den Umständen **offensichtlich enger** mit einem anderen Land verbunden ist (Art. 4 Abs. 3 Rom I); wenn dem so ist, dann liefert dieser Staat das anwendbare Recht.
6. Wenn ich weder einen geregelten Vertragstyp ermitteln noch die vertragscharakteristische Leistung aufklären könnte, müsste ich entscheiden, mit welchem Land der Vertrag die **engsten Beziehungen** aufweist, und dieser Staat würde dann das anwendbare Recht bereit halten (Art. 4 Abs. 4 Rom I).

54 a. Von den Schwierigkeiten der Anknüpfung. Es ist stets ein schwieriges Unterfangen, die engsten Verbindungen eines Bauvertrages zu einem bestimmten Staat zu ermitteln²²⁰. Dazu ist es erforderlich den richtigen Anknüpfungspunkt (z.B. Staatsangehörigkeit, gemeinsamer Aufenthaltsort, Lageort etc.)²²¹ zu finden. Der Anknüpfungspunkt führt auf eine Rechtsordnung hin²²². Die ausschlaggebenden Elemente für den Anknüpfungsvorgang sind nicht beliebig vermehrbar²²³. Zu ihnen gehören jedenfalls vier Kategorien, nämlich die rechtssubjektbezogenen, die rechtsobjektbezogenen und die handlungsbezogenen Anknüpfungspunkte, ergänzt um die Parteiautonomie²²⁴. Wenn man aber auf die einem Rechtsverhältnis eigentümliche Natur abstellt²²⁵, kommt ein fünftes Element, die Natur des Rechtsverhältnisses, hinzu²²⁶.

55 Das schuldrechtliche Rechtsverhältnis lässt sich nicht allein über den Erfüllungsort lokalisieren und es ist auch nicht schlechthin handlungsbezogen²²⁷. Möglicherweise ist es dagegen marktbezogen²²⁸. Da im Rahmen der objektiven Anknüpfung subjektive Momente keine Rolle spielen sollten (dann gilt Art. 27 EGBGB oder nunmehr Art. 3 Rom I), muss m.E. auf den Charakter des Rechtsverhältnisses abgestellt werden, das sich seinen Schwerpunkt selbst sucht, soweit sich keine Anknüpfung über Art. 4 Abs. 1 Rom I aufdrängt, was von der herrschenden Meinung jedenfalls in der überwiegenden Zahl der Fälle bejaht werden wird²²⁹.

56 aa. Charakter des Rechtsverhältnisses. Der Bauvertrag verpflichtet den Bauunternehmer – gleich unter welcher Rechtsordnung – zur Ausführung von Bauleistungen, wogegen der Auftraggeber die Zahlung einer bestimmten Summe Geldes verspricht. Während im deutschen Recht die Lieferung des Materials dem Werkvertrag immanent ist und die getroffene Vereinbarung in die Nähe der Arbeitskräfteüberlassung rückt, wenn der Bauherr das Material stellt, muss unter anderem in Frankreich und Belgien die Materiallieferung gesondert vereinbart werden (vgl. Art. 1787 Code Civil). Häufig verpflichtet der „Bauvertrag“ aber nicht nur zur Ausführung sehr spezieller Handwerks-

²²⁰ Die Verordnung Rom I will dies in Zukunft erleichtern, in dem sie Regelanknüpfungen zur Verfügung stellt.

²²¹ Zur Definition vgl. v. Bar, IPR, Band I, § 7 Rn. 3.

²²² v. Bar, IPR, Band I, § 7 Rn. 12.

²²³ v. Bar, IPR, Band I, § 7 Rn. 14.

²²⁴ v. Bar, IPR, Band I, § 7 Rn. 14.

²²⁵ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, VIII 28, 108.

²²⁶ Vgl. Hök BauRB 2004, 295, 296 (Anm. zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.09.2003 – 23 U 218/02).

²²⁷ Vgl. zum Bauvertrag v. Bar, IPR, Band I, § 7 Rn. 58.

²²⁸ v. Bar, IPR, Band I, § 7 Rn. 66.

²²⁹ Siehe zur Sonderanknüpfung des Subunternehmervertrages Mankowski IHR 2008, 133, 137 f.

leistungen (Maurerleistungen, Heizung/Sanitär, Elektroleistungen etc.) sondern umfasst umfangreiche Planungs- und Ingenieurleistungen sowie Projektkoordinierungsleistungen, die anschließende Wartung und je nach Aufgabenstellung auch die Verschaffung des Eigentums an Grund und Boden sowie dem Gebäude bis hin zur schlüsselfertigen Industrieanlage. Solche Verträge umfassen Planungsleistungen, Lieferungsleistungen, Transportleistungen, Hochbauleistungen, Montageleistungen und Inbetriebnahmeleistungen²³⁰.

Der Bauvertrag wird im deutschen Recht als Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) charakterisiert. Im französischen, ägyptischen und syrischen Recht gehört er zu den Dienst- und Werkmietverträgen (*contrats de louage*). Als Vertragsgegenstand des *contrat de louage d'ouvrage* gilt nicht die Immobilie sondern die auszuführende Arbeit²³¹. Der Bauträgervertrag (*contrat de promotion*) hat in Art. 1831-1 Code Civil eine spezielle Regelung erfahren. Bei Anlagenbauverträgen ist in Frankreich umstritten, ob sie den Kauf- oder den Dienstleiheverträgen zuzuordnen sind²³². In der Sache Tunzini hat die französische Cour de Cassation hinsichtlich der Lieferung der Anlage Kaufrecht und hinsichtlich der Montage Werkvertragsrecht angenommen²³³. Im anglo-amerikanischen Recht wird die Tätigkeit der Bauunternehmer als *contract of service* verstanden. Im modernen englischen Recht findet man einen dem deutschen Werkvertrag sehr ähnlichen, wenn auch mit ihm sich nicht völlig deckenden *contract of work and labour* (oder *hire of work and labour*), der eine der Arten des *bailment of valuable consideration* bildet.

Die gesetzlichen Werkvertragsdefinitionen und ihre von der Rechtsprechung in den Common-Law-Staaten anerkannten Schwestern und Brüder verdeutlichen aber, dass man insbesondere den Bauvertrag nicht auf eine Herstellungs- und eine Zahlungsverpflichtung reduzieren darf. Der Charakter von Bauverträgen wird naturgemäß ganz maßgeblich von Mitwirkungspflichten des Bauherrn mitbestimmt²³⁴. Ohne diese Mitwirkungspflichten ist der Bauvertrag weder denkbar noch erfüllbar. Erst diese Mitwirkungspflichten ermöglichen es dem Unternehmer, das Werk herzustellen. Sie sind so wesentlich, dass sie den Bauvertrag vom Sitz des Unternehmers entkoppeln. Als drittes Moment kommt die sich aus dem Herstellungsprozess entwickelnde Mitverantwortung für das Gemeinwesen am Baustellenort hinzu. Die französische *Responsabilité Décennale* bringt dies deutlich zum Ausdruck. Sie besteht im Interesse des Gemeinwohls und knüpft stets an den Ort des Bauwerkes an. Die römisch-rechtliche *locatio conductio operis*, die es noch heute in verschiedenen Ländern gibt, belegt diese Beschreibung und Einordnung, die auf einer sehr treffenden Beobachtung der römischen Juristen beruht.

²³⁰ Boon/Goffin, Le contrat clé en mains, Rn. 30.

²³¹ Gaudemet-Tallon RTD eur. 1981, 250.

²³² Niggemann RIW 1998, 192, 193 f.

²³³ Cass.civ., 16.03.1977, JCP 1978 (II) 18931 (Lieferung eines Wärmekraftwerks); ähnlich Cass.com., 23.01.1978, D. 1978 IR 24 (Lieferung und Montage eines Gewächshauses), vgl. zur Lieferung und Montage einer Destillationsanlage Cass.com., 04.07.1989, D. 1990, 246, näher zur Abgrenzung Huet, Les principaux contrats spéciaux, Rn. 32135, Niggemann RIW 1998, 192, 194.

²³⁴ Letztlich nicht überzeugend ist die Auffassung des BGH (BGHZ 11, 80; BGHZ 50, 175; BGH NJW 2008, 511), wonach die Mitwirkungspflichten des Bauherrn lediglich Obliegenheiten darstellen, denn es darf nicht ignoriert werden, dass der Bauherr dem Unternehmer ein Werk überantwortet, das dieser nach Erbringung der Werkleistung an den Bauherrn herausgibt. Der Werkvertrag, mit dem der Besteller dem Unternehmer das Werk überantwortet wird, begründet zwangsläufig die Sorge für das Baugrundstück und die Notwendigkeit der Überlassung des Baugrundstücks. Ohne Besitz am Baugrundstück ist jedenfalls der Bauvertrag nicht denkbar.

57

58

- 59 bb. Auslandsberührung.** Beide Vertragsparteien können sich in unterschiedlichen Staaten aufhalten bzw. dort ihren Sitz unterhalten. Doch kommt der Bauvertrag in Berührung mit einem Drittstaat, sobald das Bauvorhaben nicht in einem der Sitzstaaten der Vertragsparteien errichtet werden soll. Oftmals muss sich daher der Rechtsanwender nicht nur zwischen zwei Rechtsordnungen, sondern vielmehr sogar zwischen drei Rechtsordnungen entscheiden²³⁵. Das unterscheidet den Bauvertrag stark von anderen Rechtsverhältnissen.
- 60 b. Schwerpunkt des Bauvertrages.** Nach alter Rechtslage verdeutlichte ein Blick auf Art. 28 EGBGB, dass der Gesetzgeber grundsätzlich alle vertraglichen Schuldverhältnisse gleich behandelte. Es wurde nicht nach bestimmten Vertragstypen unterschieden. Es war vielmehr individuell der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses zu suchen. Damit knüpfte die gesetzliche Regelung an die Lehren von Savigny an, der allerdings nur noch im Ausland ernsthaft als Autorität in konkreten Fragen anerkannt ist²³⁶, während die Autorität und der Nutzen des Savigny'schen Werkes zum IPR in Deutschland in Zweifel gezogen wird²³⁷. Dies mag daran liegen, dass sich in Deutschland die Autorität Savignys deshalb abgenutzt hat, weil sich hier seine Erkenntnis vom Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses vor allem mittels der Schlussfolgerung durchgesetzt hat, der **Ort der Erfüllung** stelle die für das IPR wichtigste Beziehung des Schuldverhältnisses dar²³⁸. Der durchschlagende Erfolg dieser These hat zu einer lang anhaltenden wissenschaftlichen Diskussion²³⁹ geführt, die praktisch erst mit Inkrafttreten des heutigen Art. 28 EGBGB beendet wurde. Letzteres hängt damit zusammen, dass die Väter des EVÜ den Erfüllungsort als Anknüpfungspunkt wegen seiner nicht eindeutigen Ergebnisse als ungeeignetes Kriterium angesehen haben²⁴⁰. Außer in Art. 32 Abs. 2 EGBGB vermag der Erfüllungsort als Anknüpfungspunkt allenfalls noch über Art. 28 Abs. 5 EGBGB eine gewisse Rolle spielen²⁴¹. Hiervon völlig unabhängig ist aber die eigentliche Erkenntnis von Savigny auch heute noch modern, nämlich dass es auf den Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses ankommt (*centre de gravité*)²⁴², wo es seinen Sitz hat²⁴³. Nach **neuem Recht** kann nicht mehr ohne Weiteres argumentiert werden, es müsse für jedes Vertragsverhältnis individuell nach dessen Schwerpunkt gesucht werden, denn Art. 4 Abs. 1 Rom I regelt nunmehr einzelne Vertragstypen. Erklärter Hintergrund dieser Neureglung ist das Interesse an Rechtssicherheit und -klarheit²⁴⁴. Erwägungsgrund 21 Rom I stellt aber voran, dass falls das anzuwendende Recht weder aufgrund der Zuordnung des Vertrags zu einer der spezifizierten Vertragsarten noch als das Recht des Staates bestimmt werden kann, in dem die Partei, die die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, der Vertrag dem Recht des Staates unterliegen sollte, zu dem er die engste Verbindung aufweist. Bei der Bestimmung dieses Staates sollte unter anderem berücksichtigt werden, ob der betreffende Vertrag in einer sehr engen Verbindung zu einem oder mehreren anderen

²³⁵ MJM Contractors Ltd. v. Marples Ridgway Ltd (1985) 1 B.L.R. 100: Irakisches Recht in Bezug einem Subunternehmervertrag zwischen einem nordirischen und einem englischen Unternehmer, wenn das Baustellenland der Irak ist.

²³⁶ Vgl. Rémy-Corlay Anm. zu TGI Poitiers Rec. Crit. dr. int. pr. 2001, 674, 675 Fn. 5.

²³⁷ Vgl. Neuhaus RabelsZ 46 (1982), 4 ff.; zusammenfassend Seif RabelsZ 65 (2001), 492 ff.

²³⁸ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, VIII 208.

²³⁹ Vgl. Nussbaum, IPR, 219.

²⁴⁰ Vgl. Loussouarn/Bourel, Droit international privé, Rn. 378-6.

²⁴¹ Vgl. v. Bar, IPR, Band I, § 7 Rn. 58.

²⁴² Vgl. Loussouarn/Bourel, Droit international privé, Rn. 378-6.

²⁴³ Vgl. v. Bar, IPR, Band I, § 6 Rn. 55.

²⁴⁴ Vgl. Erwägungsgrund 16 Verordnung Rom I.

Verträgen steht. Die Regelung des Art. 4 Abs. 1 Rom I hat mithin Vereinfachungscharakter ohne einen dogmatischen kollisionsrechtlichen Hintergrund. Der Ordnungsgeber bevorzugt zu Lasten der Einzelfalllösung allgemeine Regeln, ohne sich letztlich der Kritik zu verschließen, dass eine solche Pauschallösung nicht immer zu angemessenen Ergebnissen führt. Diese Erkenntnis gebietet es, in Zukunft viel intensiver als zuvor über Ausnahmefälle nachzudenken. Was für einen Kaufvertrag angemessen sein mag, war noch niemals für einen Werkvertrag angemessen. Auch eine wirkliche Dienstleistung hat wenig gemein mit einem Werk- oder Bauvertrag. Die Behandlung des Werkvertrages als Dienstleistungsvertrag ist unnatürlich. Sie verdrängt die traditionelle Unterscheidung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag, die es aus guten Gründen gibt. Um es beispielhaft auszudrücken: Es macht einen deutlichen Unterschied, ob man einen Maschinenpark seefertig verpackt und am Kai abstellt, damit er dem Käufer überbracht werde, oder ob der abgeschlossene Vertrag die produktionsfertige Herstellung einer Fabrik umfasst, womit das Vertragsverhältnis einen Produktionsprozess steuert, in dem der Unternehmer im Baustellenland Risiken bewältigt, die sich gerade erst im Baustellenland materialisieren. Zudem gewinnen Mitwirkungspflichten des Bestellers an Bedeutung, ohne die der Maschinenpark nicht aufgestellt werden kann.

Worin nun der **Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses** liegen soll, wird in Art. 28 EGBGB und Art. 4 Abs. 2 Rom I nicht festgeschrieben. Die früheren Abs. 2 und 3 des Art. 28 EGBGB sollten dem Richter insoweit Hilfe leisten²⁴⁵. Infolgedessen gehörte die Ermittlung des Schwerpunktes zu den Aufgaben der Rechtsprechung. Sie bestand darin, die sich gegenüberstehenden verschiedenen Interessen wertend gegeneinander abzuwägen²⁴⁶.

61

aa. Standardvertragswerke. In der Praxis ist augenfällig, dass sich die großen Standardvertragswerke nicht mit der internationalprivatrechtlichen Frage befassen, sondern dieses Problem regelmäßig offen lassen. Das FDIC Silver Book 1999 regelt: „*The Contract shall be governed by the law of the country stated in the Particular Conditions*“. Zwar muss davon ausgegangen werden, dass gerade große Bauvorhaben einem vereinbarten Recht unterworfen werden (dann gilt Art. 27 EGBGB bzw. Art. 3 Rom I), doch oftmals können sich die Parteien hierauf entweder nicht einigen oder es unterbleibt die Rechtswahl aus (anderen) Gründen, die auch taktisch motiviert sein können²⁴⁷. International anerkannte einheitliche Regelungen zur Feststellung des anwendbaren Rechts bestehen nicht. Die Internationale Handelskammer Paris hat sich deshalb zu einer Empfehlung durchgerungen, die darauf abzielt, den Grad der Vorhersehbarkeit des anzuwendenden materiellen Rechts bei unterlassender Rechtswahl durch die Parteien zu erhöhen. Sie hat insoweit versucht, den Konflikt zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit durch eine vermittelnde Lösung zu entschärfen. Auch diese Empfehlung folgt der im Internationalen Privatrecht weitgehend anerkannten Lehre vom Vertragsschwerpunkt. Für bestimmte Vertragstypen wird auf die **engste sachliche Verknüpfung** des Vertrages mit einer bestimmten Rechtsordnung abgestellt, wobei es für die Feststellung des anwendbaren Rechtes auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommen soll. Bei Austauschverträgen wird diejenige Partei privilegiert, die die so genannte vertragscharakteristische Leistung erbringt, also beim Werkvertrag die Werklieferung. Bis dahin entspricht die Empfehlung den Regelungen in Art. 28 EGBGB a.F. bzw. in Art. 4 des

62

²⁴⁵ Loussouarn/Bourel, Droit international privé, Rn. 378-6.

²⁴⁶ Loussouarn/Bourel, Droit international privé, Rn. 378-6; Looschelders, IPR, Art. 28 Rn. 7.

²⁴⁷ Vgl. Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 178.

Römischen Schuldvertragsübereinkommen. Doch weder Art. 28 EGBGB a.F. noch Art. 4 EVÜ regelten den Bauvertrag gesondert. Hingegen wird in Art. 6 der Empfehlung der Internationalen Handelskammer Paris vorgeschlagen, für die Errichtung von Fabrikanlagen, von Gebäuden und für andere Werkverträge zu vermuten, dass sie ihre engste kennzeichnende Verbindung mit dem Recht desjenigen Landes haben, in dem die Werkleistung **ausgeführt** wird²⁴⁸. Das erscheint sachgerecht.

- 63 Allerdings haben die Vorschläge der internationalen Handelskammer Paris keinen Einfluss auf die nationale Gesetzgebung gewonnen. Auch in den internationalen Konventionen ist der Bauvertrag ungeregelt geblieben. Letztendlich ist es daher praktisch weltweit dabei geblieben, dass die Anknüpfung von Bauverträgen Rechtsprechung und Lehre überlassen bleibt. Dies führt zu Zufallsergebnissen und bietet aus der Sicht der Betroffenen recht wenig Rechtssicherheit, wenngleich sich doch über die Lehre vom Vertragsschwerpunkt eine grobe Linie erkennen lässt. Insbesondere Verträge über Baustellen in Drittländern sind jedoch nach wie vor rechtlich schwierig zu erfassen. Die Schwierigkeiten treten offen zu Tage, wenn der Bauherr einen Generalübernehmer beschäftigt, der seinerseits praktisch ausschließlich lokale Arbeitskräfte im Rahmen von Subunternehmerverträgen bindet. In einem solchen Falle mag zwar der Auftragnehmer ein Interesse daran haben, dass sein Heimatrecht zur Anwendung kommt, doch wird er in der Praxis schnell bemerken, dass sich sein Heimatrecht im Baustellenland schwer durchsetzen lässt, denn die örtlichen Bauunternehmen und Gerichte sind nicht mit dem ausländischen Recht vertraut. Doch nur dann, wenn die auf der Baustelle zur Anwendung kommenden Rechtsordnungen weitgehend harmonisieren, treten keine Schwierigkeiten auf. Unterscheiden sich die Pflichten der Subunternehmer jedoch weitgehend von denjenigen des Generalübernehmers, treten ernstzunehmende Probleme auf, die vermieden würden, wenn man auf das Baustellenland abstellen würde.
- 64 **bb. Emanzipation des Bauvertrages.** Vor diesem Hintergrund kann es wichtig werden, den Bauvertrag von den nationalen Rechtsordnungen zu emanzipieren. Eine internationalprivatrechtliche Typenbildung des Bauvertrages würde es erleichtern, zuverlässig Kriterien für die Anknüpfung von Bauverträgen zu finden. Von dieser internationalprivatrechtlichen Methode ist die Praxis allerdings weit entfernt. Sie behilft sich mit anerkannten Standardvertragswerken. Dies hat gelegentlich dazu geführt, das private Bauvertragsrecht als einen Fall selbst geschaffenen Rechts der Wirtschaft zu bezeichnen. Die deutsche Verdingungsordnung für Bauleistung (VOB), die SIA-Normen der Schweiz, die österreichischen ÖNORM, die französischen AFNOR-Normen sowie die FIDIC-Bedingungen für Ingenieurbauten und die RIBA Standard forms kennzeichnen das private Bauvertragsrecht. Diese hochspezialisierten Vertragswerke lösen das nationale gesetzliche Bauvertragsrecht – innerhalb der dafür vorgesehenen Schranken – ab. Mit dieser Entwicklung hat das internationale Schuldvertragsrecht nicht Schritt gehalten. Auch der internationalen Wirtschaft ist es bislang nicht gelungen, das Kollisionsrecht zu harmonisieren. Deshalb muss weiterhin auf das Internationale Privatrecht zurückgegriffen werden, das mangels Typisierung der Spezialisierung im Bauvertragsrecht (z.B. BOT-Modelle, EPCT-Verträge, design & build) oftmals nicht mehr gerecht wird. Allerdings darf nicht verkannt werden, dass es auf internationalem Niveau durchaus gewisse Emanzipierungstendenzen gibt, die von den internationalen Schiedsgerichten zunehmend mitgetragen werden.

²⁴⁸ Lando FS Zweigert, Seite 173 ff., 175, 176.

c. Die deutsche Praxis. Die deutsche Gerichtspraxis hat sich bislang wenig flexibel gezeigt und beharrte auf einer universalen Anknüpfung des Werkvertrages. Die alte Regelvermutung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB galt auch für Bauverträge²⁴⁹, zumindest soweit es sich um typische Bauverträge handelte, bei denen die Werkleistung im Vordergrund steht. Danach war das Recht des Staates anzuwenden, in welchem die Partei ihren Sitz hat, welche die charakteristische Leistung des Vertrages zu erbringen hat. Der Werkvertrag wird wie beispielsweise der Dienstvertrag²⁵⁰ nicht durch die Geldleistung des Auftraggebers, sondern durch die Leistung des Auftragnehmers charakterisiert²⁵¹. Das führt regelmäßig zum Recht des Ortes der Niederlassung des Werkunternehmers²⁵². Die Baustelle war aus deutscher Sicht für sich genommen kein hinreichender Umstand, der abweichend von der Vermutung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB eine engere Verbindung im Sinne des Art. 28 Abs. 5 EGBGB begründen konnte²⁵³. Das TGI Poitiers²⁵⁴ hatte dagegen dem Baustellenort zusammen mit anderen weniger wichtigen Kriterien so viel Gewicht beigemessen, dass es im Ergebnis zur Anwendung des Rechts am Baustellenort kam. Die Entscheidung steht im Einklang mit der älteren (vor Inkrafttreten des EVÜ ergangenen) französischen Rechtsprechung²⁵⁵ und Literatur²⁵⁶. Auch in England ist eine (ältere) Entscheidung zugunsten des Baustellenrechts nachweisbar²⁵⁷.

65

d. Stellungnahme. Der Bauvertrag regelt ein Schuldverhältnis, das auf Dauer angelegt ist (Regelung eines Produktionsprozesses). Es bindet Bauherrn und Bauunternehmer auf Zeit. Es gibt eine Vorbereitungsphase, eine Ausführungsphase und eine Mängelgewährleistungsphase. Das Leistungsspektrum des Unternehmers kann sehr klein oder sehr groß sein, und z.B. neben den gewerblich handwerklichen Leistungen auch Planungsaufwand und -koordination umfassen. Oftmals erst nach einem Jahrzehnt enden die Beziehungen der Parteien. Der Bauvertrag begründet wechselseitige Verpflichtungen, die für das Ergebnis des Bauverlaufes wesentliche Bedeutungen haben. Bauwerke werden in einem gleitenden Prozess errichtet, der ein ständiges wechselseitiges Geben und Nehmen voraussetzt. Der Bauherr ist in der Regel verpflichtet, den Baugrund zu übergeben und dem Bauunternehmen die Planungsvorgaben zu liefern. Da die vertraglichen Planungsvorgaben oftmals nicht ausreichend spezifiziert sind, bedarf es umfanglicher baubegleitender Einzelabstimmungen, die in der Bauphase eine ständige Kommunikation zwischen Bauherrn und Bauunternehmer erforderlich machen. Der regelmäßig vorleistungspflichtige Bauunternehmer wird andererseits darauf angewiesen sein, während der Bauphase vom Bauherren Zahlungen zu erhalten, obwohl dies die

66

²⁴⁹ BGH MDR 1999, 670–671 = BauR 1999, 677–680 = RIW/AWD 1999, 456–457 = WM 1999, 1182–1185 = ZfBR 1999, 208–210 = NJW 1999, 2442–2443; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1144, 1145; OLG Brandenburg IPRspr. 2000 Nr. 23 A; vgl. auch Pulkowski IPRax 2001, 306 ff.; Hök BauRB 2004, 295, 296 (Anm. zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.09.2003 – 23 U 218/02).

²⁵⁰ BGH, Urteil vom 17. November 1994 – III ZR 70/93 = BGHZ 128, 41, 48.

²⁵¹ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht SchlHA 1992, 190–191 = IPRax 1993, 95–96 = NJW-RR 1993, 314 = RIW/AWD 1993, 669–670; OLG Brandenburg IPRspr. 2000 Nr. 23 A.

²⁵² Zu den Schwierigkeiten, wenn der Unternehmer mehrere Niederlassungen unterhält vgl. Ennstone Building Products Ltd v. Stanger Ltd [2002] 1 WLR 3059.

²⁵³ BGH NJW 1999, 2442, 2443 = IPRspr. 1999 Nr. 110; OLG Brandenburg IPRspr. 2000 Nr. 23 A; Münchener Kommentar/Martiny, BGB, 4. Auflage, Art. 28 EGBGB Rn. 193 f; Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht Rn. 280 ff.; v. Bar, IPR, Band I, § 7 Rn. 58; Schröder/Wenner, Internationales Vertragsrecht, Rn. 408 f, jeweils m.w.N.

²⁵⁴ TGI Poitiers Rev. crit. dr. int. pr. 2001, 670, 671.

²⁵⁵ Paris, 22.09.1980 Gaz. Pal. 1981 I, 227; Cass.civ., 15.06.1982, D. 1983 IR 150; Cass.civ., 26.11.1980, JDI 1981, 355.

²⁵⁶ Glavinis, Le contrat international de construction, Rn. 643, 647; Réméry D. 1985, 255.

²⁵⁷ MJM Contractors Ltd v. Marples Ridgway Ltd (1985) 31 B.L.R. 100.

Natur des vereinbarten Rechtsverhältnisses etwa nach englischem und deutschem Recht eigentlich ausschließt. Insoweit sind wiederum Kontrollen erforderlich, um den Baufortschritt beurteilen zu können und Überzahlungen auszuschließen. Zwischen den Parteien eines Bauvertrages bestehen mithin zahlreiche Konsultations-, Informations- und Mitwirkungspflichten. Die FIDIC-Vertragsmuster sind ein gutes Beispiel für die praktischen Kommunikationsbedürfnisse (vgl. Unterklauseln 8.3, 4.21, 6.10, 20.1, etc. FIDIC 1999). Die Konsultations-, Informations- und Mitwirkungspflichten machen auf beiden Seiten ein effektives Vertragsmanagement erforderlich. Bauvorhaben, die in einem gerichtlichen Verfahren aufgearbeitet werden müssen, sind letztendlich in praktisch der überwiegenden Zahl der Fälle an unzureichender Kommunikation zwischen dem Bauherren und Bauunternehmer gescheitert. Es reicht mithin regelmäßig nicht aus, den Bauvertrag als ein Verhältnis zu verstehen, in dem der eine die Leistung und der andere die Zahlung erbringt. Dies macht es im Ergebnis sehr schwierig, im Bauvertrag einen Schwerpunkt zu finden bzw. die engsten Beziehungen des Bauvertrages zu einer Partei festzustellen. Jedenfalls kommen Zweifel darüber auf, ob es wirklich gerechtfertigt ist, generell an den Sitz des Auftragnehmers anzuknüpfen.

- 67 In einem solchen konfliktträchtigen Verhältnis ist es aber erforderlich, verlässliche Leitlinien für die Feststellung des anwendbaren Rechtes zu entwickeln. Diese können sich nur außerhalb der nationalen Rechtsordnungen entwickeln und müssen gleichzeitig einen Kern haben, der sich mit den nationalen Rechtsordnungen und ihrer Vielfalt verträgt. Als Kernstück eines Internationalen Bauvertragsrechts kommt eine Lösung in Betracht, die die international privatrechtlichen Interessen in den Vordergrund stellt und den Sitz des Schuldverhältnisses zuverlässig charakterisieren. Wie das materielle Privatrecht dient auch das internationale Privatrecht der Gerechtigkeit zwischen den Einzelnen²⁵⁸. Während es allerdings im materiellen Recht um den Inhalt des Rechts geht, befasst sich das internationale Privatrecht mit der Feststellung des anwendbaren Rechts, gleich welchen Inhalts²⁵⁹. Wenn es aber im internationalen Privatrecht nur um die Feststellung des anwendbaren Rechts geht, können nur die dem internationalen Privatrecht innewohnenden Interessenlagen erfasst werden. Das Ergebnis, nachdem man im Rahmen der internationalen privatrechtlichen Fragen strebt, darf nur ein international privatrechtliches sein. Es muss das anzuwendende Recht festgestellt werden²⁶⁰. Kegel gebührt der Verdienst, drei Kerninteressen des internationalen Privatrechtes systematisch zusammengefasst zu haben, um diese Aufgabe zu bewältigen²⁶¹. Von v. Bar lässt sich lernen, wie man mit den Grundfragen der Anknüpfung umgeht²⁶².
- 68 Im Vordergrund stehen die Parteiinteressen, die Verkehrsinteressen und die so genannten Ordnungsinteressen:
- Im Rahmen der Rechtsanwendungsfrage liegt es nahe, dass die betroffenen Parteien jeweils ein Interesse daran haben, ihr Heimatrecht anzuwenden. Den Parteiinteressen an der Auswahl einer Rechtsordnung, mit der die Partei eng verbunden ist, wird vom internationalen Recht grundsätzlich Rechnung getragen in allen Angelegenheiten, die die Partei persönlich nahe angehen²⁶³.

²⁵⁸ Kegel/Schurig, IPR, § 2 I.

²⁵⁹ Kegel/Schurig, IPR, § 2 I.

²⁶⁰ Kegel/Schurig, IPR, § 2 I.

²⁶¹ Kegel/Schurig, IPR, § 2 II.

²⁶² v. Bar/Mankowski, IPR, Band I, § 7 Rn. 3 ff.

²⁶³ Kegel/Schurig, IPR, § 2 II 1.

- Unter den Verkehrsinteressen versteht man, dass es dem Verkehr dient, wenn er leicht und sicher geht²⁶⁴.
- Ordnungsinteressen bestehen insoweit, als die Regelungen des internationalen Privatrechts leicht auffindbar sein müssen und verständliche Regelungen treffen sollten. Das internationale Privatrecht sollte möglichst einheitlich gelten und die Regeln, die in ihm niedergelegt sind, sollten zueinander passen²⁶⁵. Es besteht ein Interesse am internationalen Entscheidungseinklang²⁶⁶. Die Rechtsverhältnisse sollen dieselbe Beurteilung zu erwarten haben, ohne Unterschied ob in diesem oder jenem Staate das Urteil gesprochen wird²⁶⁷. Vermieden werden müssen so genannte hinkende Rechtsverhältnisse oder Fälle von Normenmangel oder Normenhäufung. Ferner besteht ein Interesse an realen Entscheidungen, also an solchen, die international auch durchsetzbar sind.

Nach herrschender Auffassung in der deutschen Literatur und Rechtsprechung überwiegen bei der Anknüpfung des Bauvertrages die Parteiinteressen, ohne dass dies ausdrücklich gesagt wird²⁶⁸. Kegel spricht sich für die *lex rei sitae* aus und betont das Interesse am inneren Entscheidungseinklang im Hinblick auf das Grundstücksrecht des Baustellenlandes²⁶⁹. Wenigstens für den Anlagenbauvertrag folgt Hohloch dieser Auffassung²⁷⁰. Hingegen treten bei der herrschenden Meinung²⁷¹ Verkehrs- und Ordnungsinteressen hinter die Parteiinteressen zurück. Über Art. 28 Abs. 2 S. 1 EGBGB wurde regelmäßig auf das Recht der charakteristischen Leistung abgestellt, wo auch immer das Bauwerk errichtet wurde²⁷². Fielen das Recht am Ausführungsort und das am Ort der Niederlassung des Bauunternehmers geltende Recht auseinander, so wurde nur gelegentlich vertreten, das Belegenheitsrecht solle ausschlaggebend sein²⁷³. Diese Auffassung lässt sich gesetzlich nur an Art. 28 Abs. 5 EGBGB a.F. (Art. 4 Abs. 5 EVÜ) anbinden²⁷⁴. Jetzt stellt Art. 4 Abs. 3 Rom I die Rechtfertigung für die Anknüpfung an den Baustellenort dar. Operiert dagegen der Bauunternehmer im Ausführungsland mit einer Tochtergesellschaft, so galt auch nach h.M. schon immer das Recht dieses Landes²⁷⁵. In diesen Fällen bestand die engste Beziehung zum Ausführungsstaat. Art. 28 Abs. 2 EGBGB kam also auf dem Umweg über die willkürliche Einbeziehung einer Tochtergesellschaft zur *lex rei sitae*. Ähnliches ist anzunehmen, wenn die Bauleitung von einer Zweigniederlassung im Ausführungsstaat zu erbringen ist²⁷⁶.

69

²⁶⁴ Kegel/Schurig, IPR, § 2 II 2.

²⁶⁵ Kegel/Schurig, IPR, § 2 II 3.

²⁶⁶ Savigny, Römisches Recht, VIII, 27; v. Bar, IPR, Band I, § 6 Rn. 56; Seif RabelsZ 65 (2001), 492, 504.

²⁶⁷ Savigny, Römisches Recht, VIII, 27; vgl. Seif RabelsZ 65 (2001), 492, 504.

²⁶⁸ Vgl. Looschelders, IPR, Art. 28 Rn. 34; Palandt/Heldrich, BGB, 68. Auflage, Art. 28 Rn. 15; Staudinger/Magnus, BGB, [2002] Art. 28 EGBGB Rn. 310; Thode/Wenner, Internationales Bau- und Architektenrecht, Rn. 282; Kartzke ZfBR 1994, 1; Wenner, BauR 1993, 257, 260.

²⁶⁹ Kegel, FS Rudolf Schmidt, 223.

²⁷⁰ Erman/Hohloch, BGB, Art. 28 Rn. 39.

²⁷¹ Looschelders, IPR, Art. 28 Rn. 34; Palandt/Heldrich, BGB, 68. Auflage, Art. 28 Rn. 15; Staudinger/Magnus, BGB, [2002] Art. 28 EGBGB Rn. 310; Thode/Wenner, Internationales Bau- und Architektenrecht, Rn. 282; Kartzke ZfBR 1994, 1; Wenner, BauR 1993, 257, 260.

²⁷² BGH RIW 1999, 456; OLG München BauR 1986, 242; LG Kaiserslautern IPRax 1987, 368 mit Anm. Mezger IPRax 1987, 346.

²⁷³ Vgl. Looschelders, IPR, Art. 28 Rn. 34.

²⁷⁴ Vgl. Rémer, D.S. 1985, Chon. 258 f.; Kegel FS R. Schmidt, Seite 215, 223; vgl. auch Cass. civ. 15.06.1982 Clunet 110 (1983) 602, krit. Anm. Kahn = D.S. 1983 I.R. 150 zust. Anmerkung Anm. Audit.

²⁷⁵ Vgl. dazu auch Ennstone Building Products Ltd v. Stanger Ltd [2002] 1 WLR 3059.

²⁷⁶ Vgl. Weigand in: Böckstiegl, 86; Thode in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 953.

- 70 M.E. ist die Kritik an der *lex rei sitae*-Anknüpfung des Bauvertrages im Ergebnis unberechtigt. Nur genügt es nicht, das Interesse des Baustellenlandes an der Klärung der eigentumsrechtlichen Verhältnisse zu betonen. Die **sachenrechtlichen Verhältnisse** auf der Baustelle werden ohnehin von der *lex rei sitae* beherrscht (Art. 43 EGBGB). Zwar ist der Lagestaat an einer Klärung der Eigentumssituation auf der Baustelle interessiert, doch steht dieser Aspekt regelungstechnisch sicherlich nicht im Vordergrund. Viel wesentlicher ist es, den **Schwerpunkt** der wechselseitigen **schuldrechtlichen Verpflichtungen** zu ermitteln, die der Bauvertrag begründet. Diese Verpflichtungen werden von öffentlichen-rechtlichen Bauvorschriften überlagert, die in die tägliche Arbeit des Unternehmers einfließen, die den Gestaltungsfreiraum des Bauherrn einengen und letztlich bis zur Undurchführbarkeit eines Bauvertrages führen können, der den örtlichen Gegebenheiten keine Rechnung trägt²⁷⁷. Qualitätsnormen spielen eine Rolle und die oftmals arbeitsteilige Vorgehensweise auf der Baustelle ist zu berücksichtigen²⁷⁸. Zudem sind Arbeitsschutzbestimmungen zu beachten. Der Bauherr hat ein starkes Interesse an der Einhaltung solcher Bestimmungen (vgl. Klausel 1.6 FIDIC Green Book: „The Contractor shall comply with the laws of the countries where activities are performed“). Die genannten Regelungskomplexe werden weltweit oftmals unterschiedlich qualifiziert. Was in Deutschland in öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften eine Regelung gefunden hat, kann in den USA privatrechtlich eingeordnet werden. Die Folge ist ein Normenmangel. Außerdem können örtliche Arbeitsschutzbedingungen mit vertraglichen Verpflichtungen kollidieren, ein Fall der Normenhäufung. Hinzu kommt, dass zunehmend Verbraucherschutzrecht²⁷⁹ Bedeutung erlangt, das zum Teil über den nationalen ordre public im Rahmen von Sonderanknüpfungen jedenfalls im Baustellenland Geltung begehrt (Normenhäufung). Das Interesse an einem einheitlichen **Recht der Baustelle** liegt mithin auf der Hand. Dem steht allein das Interesse der Parteien an der Anwendung ihres Heimatrechtes gegenüber. Insoweit ist es aber irrig, über den Langzeitcharakter des Bauvertrages, die aus ihm erwachsenden wechselseitigen Kommunikations- und Mitwirkungspflichten und über den Umstand der arbeitsteiligen Bewältigung des Bauvorhabens Hinweise dafür zu finden, den Vertragsschwerpunkt im Bauexportland anzusiedeln, zumal diese Zuordnung angesichts der heute sehr arbeitsteiligen Vorgehensweise (Zulieferungen aus dem Staat A, Planung erfolgt im Staat B und Überwachung wird im Staat C gebunden) eher zufällig ist. Sicherlich treffen den Auftragnehmer auf der Baustelle vielfältige Verpflichtungen, doch erscheint es nicht unzumutbar, diese aus dem Recht des Bauexportlandes herauszulösen. Es erscheint dagegen wenig sinnvoll, örtlich unbekannten Gewährleistungsvorschriften den Vorrang vor den örtlichen Regelungen einzuräumen, die wiederum ggf. in örtlichen Qualitätsvorschriften und -vorstellungen sowie öffentlich-rechtlichen Regelungen ihre Grundlage finden. Zwingende Arbeitsschutzbestimmungen mit Auswirkungen auf den Leistungsumfang (z.B. Gerüstbauarbeiten) oder die Art der einzusetzenden Maschinen und Materialien harmonisieren nicht zwangsläufig mit einem wildfremden Vertragsstatut. Durchgriff-

²⁷⁷ Vgl. Nussbaum, IPR, 246.

²⁷⁸ Welche Qualitätsnormen vereinbart sind, muss allerdings ggf. die Auslegung des Vertrages ergeben (vgl. Wenner FS Jagenburg, 205, 214). Zum Verbraucherrecht in Europa siehe Kohl, Towards a European Consumer Construction Law, ICLR 2010, 211 ff.

²⁷⁹ Vgl. für Frankreich den Code de la Consommation und den Code de la construction et de l'habitation. In Italien ist das Gesetz Nr. 210 vom 2.8.2004 über Bestimmungen für den Schutz der Eigentumsrechte von Käufern von zu errichtenden Immobilien nebst Gesetzesdekret Nr. 122 v. 20. 6.2005, veröffentlicht im Amtsblatt Nr. 155 v. 6.7.2005 zu nennen. In den Niederlanden wurde das neue Bürgerliche Gesetzbuch durch Gesetz v. 5.6.2003 mit Regelungen zum Bauträgerrecht ergänzt. Für Belgien ist auf das Loi Breynne v. 9.7.1971 hinzuweisen.

sansprüche aus den Leistungsketten müssen nicht mühsam angeglichen werden. Sicherungsrechte des Unternehmers (Stichwort: Bauhandwerkersicherungshypothek), die auf die *lex rei sitae* abgestimmt sein müssen, bleiben auf diese Weise wirksam. Die Anpassung des Vertrages an örtliche Gegebenheiten wird erschwert, wenn das Recht des Baustellenlandes über die Vertragsparteien herrscht. Gerade wenn man das Bauen als Prozess versteht, in dem ein gemeinsames Vorhaben verwirklicht wird, dessen Spielregeln wiederum der Bauvertrag vorgibt, muss dieser in die örtliche Situation eingebettet sein. Damit ist auch der Leichtigkeit des Verkehrs gedient, der nicht unnötig durch Verweisungen auf verschiedene Rechtsordnungen der am Bau beteiligten Personen und Unternehmen beschwert wird. Letztlich ausschlaggebend aber ist, die Einheitlichkeit des Vertragsstatuts zu erhalten und der Tendenz Einheit zu gebieten, über Sonderanknüpfungen eben die Korrekturen durchzuführen, die notwendig werden, wenn das Schwerpunktrecht nicht die Nähe zu seinem Schwerpunkt aufweist, die erforderlich wäre. Immerhin ist das internationale Privatrecht Kollisionsrecht. Es entscheidet, welche Rechtsordnung das fragliche Rechtsverhältnis beherrschen soll. Dass dies nicht immer zur Zufriedenheit gelingt, belegt die intensive Diskussion darüber, ob es inländische oder ausländische Sachnormen gibt, die gegenüber dem Vertragsstatut durchgreifen. In einem Bereich, der von öffentlichen-rechtlichen, polizeirechtlichen und anderen Eingriffsnormen durchsetzt ist, spricht viel dafür, von vornherein klare Verhältnisse zugunsten des Baustellenlandes zu schaffen. Hier liegt der Schwerpunkt des Bauvertrages²⁸⁰. Dass es Lösungsansätze dafür gibt, wie örtliche Regeln der Baukunst und zwingende öffentlich-rechtliche Normen eingehalten werden²⁸¹ müssen und dass zur Wahrung eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen den Parteien die Sicherheits- und Verhaltensregeln des Staates, in dem die schädigende Handlung begangen wurde, selbst dann eingehalten werden müssen, wenn auf das außervertragliche Schuldverhältnis ein anderes Recht anzuwenden ist²⁸², widerlegt nicht, dass es ein Interesse gibt, die Schnittstelle zwischen Vertragsstatut und den am Errichtungsort geltenden zwingenden Bestimmungen zu schließen.

Gestützt werden diese Überlegungen durch ein rechtsvergleichend zu erlangendes Argument. Aus Art. 1792, 2070 des französischen Code Civil a.F. (Décennale) und Art. 1792 ff., Art. 1792-4-1 Code Civil n.F. erhellt sich, dass von der Baustelle **Risiken** ausgehen, deren Verteilung unter den Vertragsparteien einer Regelung zugeführt werden muss. Die sog. *responsabilité décennale* ist nach belgischem und französischem, aber auch nach ägyptischem und syrischem Verständnis zwingendes Recht im Interesse unbeteiligter Dritter. Die Parteien sollen Vorkehrungen dafür treffen, dass von dem Gebäude keine Gefahren für Dritte ausgehen und es soll über einen Zeitraum von 10 Jahren sichergestellt werden, dass die Parteien im Falle der Risikoverwirklichung haften. Das wirtschaftliche Risiko wird in Frankreich, Algerien und Ägypten über eine Pflichtversicherung abgefangen. Es kommt also insoweit nicht darauf an, aus welchem Land die Baubeteiligten kommen und wo sie ihre Verpflichtungen ganz oder teilweise erfüllen. Zu regeln ist ein baustellenimmanentes Risiko im Drittinteresse mit erheblichen rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen für die betroffenen Parteien. Nur eine baustellenbezogene Anknüpfung kann diesem besonderen Interesse gerecht werden.

71

²⁸⁰ Kürschner, ZfBR 1986, 259, 262 unter Berufung auf einen Nichtannahmebeschluss des BGH vom 09.10.1986, Az: VII ZR 54/85.

²⁸¹ Vgl. dazu Wenner FS Jagenburg, 205, 214.

²⁸² Vgl. Erwägungsgrund Nr. 18 des Entwurfs der VO Rom II.

- 72 Dieses Ergebnis hat einen wichtigen Vertreter in **Savigny**²⁸³, der ausgeführt hat, es gebe einige Verträge, die ihrer Natur nach ausschließlich an ein speziellen Ort gebunden sind. Dies seien die Verträge über Leistungen, die an einem festgelegten Ort zu erbringen sind. Mit der Zuordnung der Rechtsverhältnisse nach ihrer eigentümlichen Natur wird dem Idealbild des internationalen Entscheidungseinklanges Rechnung getragen²⁸⁴. Der Bauvertrag würde dieselbe Beurteilung erfahren, gleich in welchem Staat das Urteil gesprochen würde. Die formelhafte Anwendung der Vermutungsregel in Art. 28 Abs. 2 EGBGB a.F. und der Regelung in Art. 4 Abs. 1 Rom I ist demgegenüber weder geboten noch gerechtfertigt.
- 73 Die Sorge, es bliebe mit der hier vertretenen Auffassung nur noch ein funktionsloser Torso des gesetzlichen Kollisionsrechts²⁸⁵ übrig, kann nicht geteilt werden. Es war schon früher richtig, dass die speziellen gesetzlichen Regelungen²⁸⁶ nicht nur eine Art Auffangfunktion für Fälle haben, in denen eine Abwägung der Umstände kein Ergebnis bringt²⁸⁷. Doch setzt Art. 4 Rom I voraus, dass das Vertragsverhältnis entweder einem der geregelten Vertragstypen entspricht oder die sog. vertragscharakteristische Leistung ermittelt werden kann²⁸⁸. Auch in Zukunft muss insoweit ein – allerdings gegenüber der alten Rechtslage erweiterter – Negativtest angewendet werden. Die Partei, deren Hauptverpflichtung in der Erbringung eine Geldzahlung besteht, erbringt **nicht** die charakteristische Leistung. Es wird anschließend geschlussfolgert, dann müsse die andere Partei zu dieser Leistung verpflichtet sein. Doch wenn, wie im komplexen Bauvertrag, Mitwirkungspflichten so wesentlich werden, dass sie die Leistungspflicht der anderen Seite bedingen, fällt es schwer die vermeintlich vertragscharakteristische Leistung einfach als Gegenstück zur Geldleistung zu betrachten. Im komplexen Bauvertrag, der den Bauherrn zur Lieferung der Planung, zur Bereitstellung des Baugrundes und zur fortwährenden Mitwirkung an Entscheidungen verpflichtet, hat die Bauverpflichtung als solche kein wirklich deutlich überwiegendes Gewicht mehr. Auch wenn der Unternehmer die Planungsverantwortung übernimmt, bleibt der Bauherr zur Mitwirkung verpflichtet, denn er muss die Planung prüfen, genehmigen und freigeben und bedingt damit den Baufortschritt. Nur bei Vorhaben, bei denen die Mitwirkungsverpflichtungen des Bauherrn marginal sind und sich quasi in der Überlassung des Baugrundes und der Abnahme erschöpfen, ist es letztlich möglich, die vertragscharakteristische Leistung im Wege des Negativtests zu ermitteln. Alle typischen Unternehmerpflichten sind eng mit dem Ort der Baustelle verbunden. Typischerweise übernimmt der Alleinunternehmer die Koordinierung der Bauleistungen, ihre Überwachung und Leitung. Die eigentliche Vertragsabwicklung geschieht also vor Ort, nicht vom Hauptsitz des Bauunternehmens aus. Dessen Tätigkeit wird vom lokalen öffentlichen Baurecht beeinflusst. Häufig übernimmt er zudem quasi hoheitliche Aufgaben, z.B. im Rahmen der Baustellensicherheit. Die Bauleistungen als solche und die Haftung des Unternehmers sind ebenfalls eng an das Baustellenland angebunden. Ein Teil des Werklohns wird häufig unmittelbar im Baustellenland zum Zwecke des Einkaufs von Dienstleistungen und Waren lokaler Anbieter verwendet. Selbst wenn der Vertrag zulässigerweise einem anderen Recht als

²⁸³ Savigny, Römisches Recht, VIII, 213; vgl. auch Battifol/Lagarde, Droit international privé, n° 586.

²⁸⁴ Vgl. Seif RabelsZ 65 (2001), 492, 504.

²⁸⁵ Jetzt Art. 4 Rom I, früher Art. 4 EVÜ bzw. Art. 28 EGBGB.

²⁸⁶ Jetzt Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 Rom I, früher Art. 4 Abs. 2 EVÜ und Art. 28 Abs. 2 EGBGB).

²⁸⁷ Vgl. Dicey & Morris, Conflict of Laws, Rn. 32-123; Ennstone Building Products Ltd. v. Stanger Ltd. [2002] EWCA Civ. 916 (CA); Iran Continental Shelf Oil Co. v. IRI International Corp. [2002] EWCA Civ. 1024 (CA).

²⁸⁸ Vgl. zum alten Recht Apple Corps Ltd. v. Apple Computer Inc. [2004] EWHC 768 (Ch).

dem des Baustellenlandes unterstellt wird, bleibt letzteres oftmals fortbestehen, z.B. in den Ländern, die die französische *Décennale* übernommen haben²⁸⁹. Schließlich spricht auch das ggf. arbeitsteilige Vorgehen auf der Baustelle für einen einheitlichen Anknüpfungspunkt²⁹⁰. Ein Bauvorhaben muss geplant und überwacht werden. Neben dem bauausführenden Betrieb muss der Auftraggeber mithin Planer, Projektsteuerer, Bauüberwacher etc. beschäftigen, die wiederum im Falle des strengen Festhaltens an Art. 4 Rom I nach ihrem Heimatrecht beurteilt werden müssen. Das wird der Interessenlage auf der Baustelle nicht gerecht, wo alle Einzelleistungen einem Ziel, der Herstellung des Bauwerkes, verpflichtet sind, was sich wiederum in einer gesamtschuldnerischen oder ähnlichen Haftung aller Beteiligten für die Bauqualität bzw. -solidität ausdrücken kann.

3. Sonderanknüpfung von Spezialnormen. Das Vertragsstatut wird durch die Regelung in Art. 34 EGBGB bzw. Art. 9 Rom I durchbrochen²⁹¹. Aus dem Wortlaut beider Vorschriften lässt sich jedoch zunächst entnehmen, dass es den Parteien durchaus gestattet ist, an die Stelle deutschen Rechts das gewählte ausländische Recht zu setzen. Die Rechtswahl ist grundsätzlich universell. Nur wenn im Einzelfall die einschlägige Regel den Sachverhalt ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht zwingend regeln will, soll das Vertragsstatut zurücktreten. Art. 9 Abs. 1 Rom I definiert die Eingriffsnorm nunmehr als *eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen*. Abzustellen ist damit auf die Intentionen des Gesetzgebers des Gerichtsstaates. Zu fragen ist, ob das von ihm gesetzte Recht sozusagen „international zwingend“ ist²⁹². Da der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, solche Normen zu kennzeichnen, müssen sie durch Auslegung festgestellt werden. Unstreitig ist insoweit lediglich, dass nicht jede zwingende Regelung des deutschen Rechts auch international zwingend ist. Im Einzelnen ist vieles streitig. Lediglich wenn deutsche Normen ohnehin auslandsbezogene Sachverhalte regeln (wie z.B. in § 130 Abs. 2 GWB oder § 61 BörsG), ist die Feststellung unproblematisch. Ansonsten sprechen ordnungspolitische Regelungsinhalte einer Norm für eine international zwingende Norm, während Regelungen, die vor allem Interessen des Privatverkehrs ausgleichen, weniger in Verdacht stehen, international zwingend zu sein²⁹³. Zudem fordert die h.M. einen sog. Inlandsbezug, ohne den Art. 34 EGBGB und Art. 9 Rom I nicht einschlägig sein sollen²⁹⁴. Gemäß Art. 9 Abs. 3 Rom I können allerdings nunmehr auch ausländische zwingende Normen Beachtung finden, soweit es sich um Normen des Staates handelt, in dem die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen erfüllt werden sollen oder erfüllt worden sind.

74

²⁸⁹ Zu diesen Ländern gehören u.a. Ägypten, Algerien, Angola, Belgien, Frankreich, Kamerun, Libanon, Luxemburg, Malta, Marokko, Philippinen, Rumänien, Tunesien, Vereinigte Arabische Emirate sowie viele Länder Südamerikas.

²⁹⁰ Vgl. Britton ICLR 2008, 347, 377.

²⁹¹ Vgl. dazu eingehend Martiny, Inländische gewerbe-, berufs- und preisrechtliche Vorschriften als international zwingende Normen, FS Heldrich, 2005, 907 ff.

²⁹² Reithmann/Martiny/Freitag, Internationales Vertragsrecht, Rn. 511.

²⁹³ Vgl. Reithmann/Martiny/Freitag, Internationales Vertragsrecht, Rn. 513; Rehbinder JZ 1973, 151, 156, Hoffmann IPRax 1989, 263 ff.; Junker IPRax 1989, 69, 73.

²⁹⁴ Palandt/Heldrich, BGB, 68. Auflage, Art. 34 EGBGB Rn. 3; Reithmann/Martiny/Freitag, Internationales Vertragsrecht, 6. Auflage, Rn. 401; Münchener Kommentar/Martiny, BGB, 4. Auflage, Art. 34 EGBGB Rn. 126, 136; Schurig RabelsZ 54 (1990), 217, 234; Lorenz RIW 1987, 578; a.A. Radtke ZvgIRWiss 84 (1985), 329, 331.

- 75 Ein wichtiges Beispiel für die praktische Anwendung von Eingriffsnormen kommt aus Frankreich. Die französische Cour de Cassation²⁹⁵ hat einen französischen Bauherrn auf Zahlung des Werklohnes an einen von einem deutschen Generalunternehmer beauftragten französischen Subunternehmer verurteilt und in den Urteilsgründen ausgeführt, das Gesetz Nr. 1334 vom 31.12.1975 gehöre zu den **Polizeigesetzen** im Sinne des Art. 3 Code Civil²⁹⁶. Es sei daher anwendbar, wenn das **Bauvorhaben auf französischem Boden belegen** sei. Diese Entscheidung der gemischten Kammer der Cour de Cassation, die inzwischen von der 3. Kammer des Gerichtshofes aufgegriffen wurde²⁹⁷, weicht von einer kurz zuvor ergangenen Entscheidung der 1. Kammer des Gerichtshofes²⁹⁸ ab, die zuvor in der französischen Literatur weithin Zustimmung fand²⁹⁹. Die Anknüpfung derartiger Direktansprüche des Subunternehmers ist schon für sich genommen ein Problem³⁰⁰. Französische Autoren haben den Anspruch als vertraglich qualifiziert und ihn dem Recht des Hauptvertrages unterstellt³⁰¹. Die Cour de Cassation hat das Problem umgangen und das Gesetz vom 31.12.1975 selbständig angeknüpft. Dabei ist allerdings kein klarer kollisionsrechtlicher Ansatz erkennbar, denn der beabsichtigte Schutz des Subunternehmers rechtfertigt für sich genommen noch nicht das Vertragsstatut zu verdrängen. Jedoch liegt der von Cour de Cassation gewählte Anknüpfungspunkt, die Belegenheit der Baustelle, auf dieser Linie³⁰². Das Ziel, den in Frankreich ansässigen Subunternehmer als Rückgrat der französischen Arbeitsmarktpolitik zu schützen, hätte stattdessen zur Anknüpfung an den Sitz des Subunternehmers führen müssen, was wiederum europarechtlich bedenklich war und eine einseitige Privilegierung französischer Unternehmen bedeutet und mithin zur Verzerrung des Wettbewerbs geführt hätte³⁰³. Der Anknüpfung an den Ort der Baustelle liegt mithin eine Negativauswahl zugrunde³⁰⁴. Rechtstatsächlich könnten inzwischen auch deutsche Gerichte den Subunternehmerdurchgriff erlauben, selbst wenn das Vertragsstatut des Subunternehmervertrages das deutsche Recht wäre. Hintergrund ist Art. 9 Abs. 3 Rom I. Allerdings gilt dies nur dann, wenn der Subunternehmervertrag in Frankreich erfüllt werden muss.
- 76 Eine wirklich zwingende Argumentation bringt die Cour de Cassation allerdings nicht hervor. Nach Art. 9 Abs. 1 Rom I ist eine Eingriffsnorm eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Entsprechende Anhaltspunkte hat die französische Cour de Cassation in den vorstehend zitierten Fällen angenommen. Doch ist die Rechtsprechung der Cour de Cassation zum Subunternehmerdurchgriff ersichtlich ergebnisorientiert und wenig motiviert. Sie öffnet die Tür für eine ausufernde Rechtsprechung zugunsten einer ausschließlichen Anwendung französischen Rechts für alle in Frankreich belegene

²⁹⁵ Cass.mixte, Urteil vom 30.11.2007 – 06-14006, IBR 2008, 428 –Hök = Juris-Data n° 2007-041758.

²⁹⁶ Das Gesetz regelt den Durchgriffsanspruch des Subunternehmers.

²⁹⁷ Cass.civ, Urteil vom 30.01.2008, D. 2008, 478 mit Anm. Delpech betreffend einen deutschen Subunternehmer, der gegen einen französischen Bauherrn voring.

²⁹⁸ Cass.civ., Urteil vom 23.01.2007, IBR 2007, 1262 – nur online = D. 2007, 2008.

²⁹⁹ Nourissat/Pellegrini, Revue Lamy Droit des Affaires 2008, 57, 58.

³⁰⁰ Ausführlich dazu Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, § 13 Rn. 3 ff.

³⁰¹ Glavinis, Le contrat international de construction, R. 653; Jacquet/Delebecque/Corneloup, Droit du Commerce international, Paris 2007, Rn. 654; Heuzé Rev. Crit. DIP 1996, 243.

³⁰² Vgl. Berlioz JCP (E) 2008, 23, 24.

³⁰³ Vgl. Berlioz JCP (E) 2008, 23, 24.

³⁰⁴ Berlioz JCP (E) 2008, 23, 24.

Bauvorhaben³⁰⁵. Das wäre vermeidbar gewesen, wenn die Cour de Cassation der Eigenart des Subunternehmerdurchgriffs nachgegangen wäre, die in ihrer Ähnlichkeit zur Pfändung beim Drittschuldner liegt³⁰⁶. Tatsächlich hat die Zustellung der Kopie einer Mahnung des Subunternehmers an seinen Auftraggeber an den Bauherrn ähnliche Wirkungen wie eine Vorpfändung. Der Bauherr kann nur noch schuldbefreiend an den Subunternehmer zahlen. Dann aber stellt sich die Frage nach der Natur des Subunternehmerdurchgriffs neu. Hat er große Ähnlichkeit mit einer Vollstreckungsmaßnahme, müsste er verfahrensrechtlich qualifiziert werden. Das wiederum schlosse eine universelle Anwendung des Subunternehmerdurchgriffs aus. In der französischen Literatur wird hingegen eine Anknüpfung an den Sitz der Forderung favorisiert³⁰⁷. Aus französischer wie aus deutscher Sicht ist eine Forderung am Sitz des Drittschuldners belegen³⁰⁸, so dass allerdings wiederum der Durchgriff nur gegen Bauherrn mit französischem Sitz durchsetzbar wäre.

Welche Folgen es hat, dass das deutsche Recht das ausländische Vertragsstatut verdrängt, wurde noch nicht sehr eingehend untersucht. Oftmals regeln aber Vorschriften, die im Sinne des Art. 34 EGBGB bzw. Art. 9 Rom I zwingend anzuwenden sind, ihre Rechtsfolgen nicht ausdrücklich, so dass auf andere Vorschriften zurückgegriffen werden muss. Grundsätzlich sind bei Verboten die Rechtsfolgen des Vertragsstatuts zu beachten³⁰⁹. Jedoch kann nur das Verbot im engeren Sinne seine Folgen bestimmen, da nur ihm latent die Folgen innewohnen und nur rein zufällig (vor allem aus systematischen Gründen) die Folgen eines Verbotes nicht in der eigentlichen Verbotsnorm geregelt werden, da sie quasi als selbstverständlich erachtet werden, sollte im Rahmen des Art. 34 EGBGB nur das Eingriffsrecht nach den unmittelbaren Folgen befragt werden³¹⁰. Die mittelbaren Folgen (etwa die Rückabwicklung eines nichtigen Geschäftes) indessen sind wohl entweder dem Vertragsstatut oder dem ihm ggf. folgenden Bereicherungsstatut zu entnehmen³¹¹.

Die Vorschrift des § 138 BGB³¹² ist keine **Eingriffsnorm** im Sinne des Art. 34 EGBGB bzw. Art. 9 Rom I, die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regelt³¹³. Der Wahrung der im deutschen Rechtsraum herrschenden Wertordnung dient vielmehr die allgemeine ordre-public-Klausel. Art. 30 EGBGB 1986 erwähnte die „guten Sitten“ noch ausdrücklich. Art. 6 EGBGB, der an die Stelle des vorherigen Art. 30 EGBGB getreten ist, tut dies zwar nicht mehr. Eine

³⁰⁵ Berlioz JCP (E) 2008, 23, 24.

³⁰⁶ Vgl. Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, Les obligations: Défrénos, 3. Auflage, 2007, Rn. 1157.

³⁰⁷ Berlioz JCP (E) 2008, 23, 26.

³⁰⁸ Deutschland: unter Bezugnahme auf § 23 ZPO RGZ 36, 355, 357; RGZ 77, 250, 252; RGZ 140, 340, 343; RG Seuff. Arch. 63 Nr. 27; Frankreich: Dalloz Action, Droit et Pratique des voies d'exécution, Rn. 9951; Perrot/Théry, Procédures civiles d'exécution, Rn. 33; Cuniberti JCP (E) 2003, 664, 665; Loussouarn/Bourel, Droit international privé, Rn. 448; Mayer/Heuzé, Droit international privé, Rn. 287; Cass.civ., 30.01.2002, JCP (E) 2003, 663; England: Société Eram Shipping Company Ltd. v. Hong Kong and Shanghai Banking Corp. Ltd. [2003] UKHL 30: a debt is [generally] situate in the country where the debtor resides; Swiss Bank Corp. v. Boehmische Industrial Bank [1923] 1 K.B. 673: „If the debt is situate, or in other words if it is properly recoverable, in this country“; USA: Scoles/Hay, Conflict of Laws, § 7.3; Österreich: § 99 Abs. 2 JN.

³⁰⁹ Vgl. dazu Bittrich IPRax 2009, 465 ff., der die Folgen der rechtswidrigen Vergabe (vgl. § 101b GWB) stets an das Vertragsstatut anknüpft.

³¹⁰ Münchener Kommentar/Martiny, BGB, 4. Auflage, Art. 34 EGBGB Rn. 71.

³¹¹ Münchener Kommentar/Martiny, BGB, 4. Auflage, Art. 34 EGBGB Rn. 72.

³¹² U.a. entgegen LG Detmold NJW 1994, 3301, 3302; LG Berlin NJW-RR 1995, 754, 755.

³¹³ BGHZ 135, S. 124, 139; eingehend dazu Mankowski RIW 1996, 382 m.w.Nachw.

77

78

Veränderung des sachlichen Gehalts ist damit jedoch nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers nicht beabsichtigt gewesen³¹⁴. Die *ordre-public*-Klausel greift indessen nur ein, wenn die Anwendung einer Vorschrift des ausländischen Rechts zu einem mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbaren Ergebnis führt³¹⁵. Art. 34 EGBGB a.F. stand auch einer Anwendung von Art. 11 Abs. 2 und 3 EGBGB in keinem Fall entgegen. Die erstgenannte Bestimmung bezieht sich nach ihrem mit dem Willen des Gesetzgebers übereinstimmenden Wortlaut³¹⁶ – insoweit bewusst abweichend von der weitergehenden Sonderanknüpfung in Art. 7 Abs. 2 des EG-Schuldvertragsübereinkommens³¹⁷ – allein auf den Ersten Unterabschnitt des Fünften Abschnitts des Zweiten Kapitels EGBGB und damit nicht auf Art. 11 EGBGB, der zum Zweiten Abschnitt dieses Kapitels gehört. Mit dem Inkrafttreten der Verordnung Rom I hat Art. 11 EGBGB allerdings seine vorherige Bedeutung im Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse verloren. Stattdessen gilt jetzt Art. 11 Rom I³¹⁸. Art. 9 Abs. 1 Rom I verdrängt daher auch das Formstatut³¹⁹. Art. 9 Abs. 1 Rom I beschränkt sich allerdings nicht auf Eingriffsnormen der *lex fori*. Für diese gilt ausdrücklich Art. 9 Abs. 2 Rom I.

- 79 Das deutsche **Haustürgeschäftewiderrufsrecht** stellt ebenfalls keine Eingriffsnorm im Sinne des Art. 34 EGBGB bzw. Art. 9 Rom I dar³²⁰, wonach die für vertragliche Schuldverhältnisse geltenden Kollisionsnormen der Art. 27 ff. EGBGB bzw. 3 ff. Rom I nicht die Anwendung der Bestimmungen des deutschen Rechts berühren, die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regeln. Das folgte im alten Recht allerdings nicht bereits aus einem Vorrang des Art. 29 EGBGB a.F. gegenüber Art. 34 EGBGB a.F. In der amtlichen Begründung zu dieser Vorschrift³²¹ hieß es zwar, zwingende Vorschriften (im Sinne des Art. 34 EGBGB a.F.) können angewandt werden, soweit in Art. 29 EGBGB a.F. für den Bereich des Verbraucherschutzes nicht schon speziellere Regelungen getroffen worden seien; soweit das der Fall sei, seien diese Vorschriften im Verhältnis zu Art. 34 EGBGB a.F. Spezialvorschriften, die die allgemeine Norm verdrängten und deren Anwendung ausschlossen. Demgemäß schied eine Sonderanknüpfung über Art. 34 EGBGB a.F. aus, wenn es lediglich an dem nach Art. 29 Abs. 1 Nr. 1–3 EGBGB a.F. erforderlichen Inlandsbezug fehlte, während einer der in Art. 29 Abs. 1 EGBGB a.F. aufgeführten Vertragstypen vorlag³²². Sofern allerdings etwa ein Immobiliengeschäft unter den Voraussetzungen der §§ 312 ff. BGB zustande kommt, die per se nicht unter Art. 29 EGBGB a.F. fielen, dürfte Art. 34 EGBGB ggf. einschlägig gewesen sein, so dass insofern das Haustürgeschäftswiderrufsrecht einmal einschlägig werden konnte.

- 80 Auch § 648a BGB ist zwingend (§ 648a Abs. 7 BGB)³²³. Rechtsprechung mit internationalem Bezug hierzu ist bislang nicht bekannt geworden. Der Sinn der Regelung besteht darin, den aus § 648 BGB nur unzureichend geschützten Werkunternehmer besser zu

³¹⁴ BT-Drucks. 10/504, 42.

³¹⁵ BGHZ 135, S. 124, 140; siehe auch Leible/Lehmann RIW 2008, 528, 543.

³¹⁶ Vgl. BT-Drucks. 10/504, 43.

³¹⁷ Vgl. BT-Drucks. 10/503, 63 zu Nr. 4.

³¹⁸ Zum verbleibenden Anwendungsbereich des Art. 11 EGBGB vgl. Palandt/Thorn, BGB, Art. 11 EGBGB Rn. 1.

³¹⁹ Palandt/Thorn, BGB, Art. 11 EGBGB Rn. 6; vgl. zur alten Rechtslage BGH NJW 1993, 1126, 1128.

³²⁰ BGHZ 134, S. 124, 135.

³²¹ BT-Drucks. 10/504, 83.

³²² BGHZ 135, 124, 135; BGHZ 123, 380, 391.

³²³ Ähnlich Art. 1799-1 Code Civil zum französischen Recht.

schützen³²⁴. Aus dem Wortlaut als auch aus der Systematik des Gesetzes folgt, dass der Unternehmer für den noch nicht gezahlten Werklohn die Sicherheitsstellung begehren darf³²⁵. Dies findet zudem eine Stütze in der Zielrichtung der Vorschrift. Maßgeblich ist danach das konkrete Sicherungsbedürfnis des Unternehmers³²⁶. Im Vordergrund steht daher ersichtlich der privatrechtsausgleichende Charakter. § 648a BGB dient letztlich der Entschärfung der im BGB vorgesehenen Vorleistungspflicht des Werkunternehmers. Ordnungspolitische Gesichtspunkte kommen in der Norm allenfalls insoweit zum Tragen, als die Werkunternehmer generell besser geschützt werden sollen. Dem steht gegenüber, dass Sinn und Zweck der Regelung in § 648a Abs. 7 BGB nicht nur dagegen schützt, den Schutz des § 648a BGB aufzuheben, sondern vor allem auch dagegen, ihn zu umgehen, wie z.B. durch Manipulationen hinsichtlich der Vorleistungspflicht³²⁷. Insgesamt treten aber Gesichtspunkte der Steuerung des Wirtschaftsverkehrs und der Sozialordnung ersichtlich in den Hintergrund, so dass im Ergebnis nicht davon ausgegangen werden kann, dass § 648a BGB internationalprivatrechtlich zwingend auf das ausländische Vertragsstatut durchschlägt.

Die strafbewehrten, aber früher wenig beachteten Vorschriften des Baugeldsicherungsgesetzes (GSB) vom 1. Juni 1909 dürften hingegen gerade wegen ihrer Strafbewehrung immer durchgegriffen haben, zumal § 1 GSB ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB war, so dass im Zweifel eine kollisionsrechtliche Anknüpfung über Art. 40 EGBGB bzw. neuerdings über Art. 4 Abs. 1 Rom II möglich war. Das neue Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) vom 23.10.2008 erweiterte zwischenzeitlich den Gesetzeszweck auch auf Unternehmen, die Subunternehmer beschäftigen. Durch die zum 1.1.2009 in Kraft getretene Neuregelung wurde der Baugeldbegriff auf die gesamte Kette von Bauherren – Generalunternehmer – alle Nachunternehmer ausgeweitet. Unter den Baugeldbegriff fallen seitdem nicht nur kreditfinanzierte Gelder, sondern auch Eigenmittel des Bauherren bzw. Auftraggebers, die dieser an einen Baugeldempfänger für die Baumaßnahme zahlt. Durch Gesetz vom 18.6.2009 wurde kurze Zeit später § 1 Abs. 2 Bauforderungssicherungsgesetz dahin geändert, dass ein Baugeldempfänger, der selbst an der Herstellung oder dem Umbau beteiligt ist, das Baugeld in Höhe des angemessenen Werts der von ihm erbrachten Leistung für sich behalten darf. Gleichwohl hat sich seit der Novelle des GSB vom 23.10.2008 der Anwendungsbereich des Baugeldsicherungsrechts erheblich erweitert. Gemäß § 1 Abs. 1 Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) ist der Empfänger von Baugeld verpflichtet, das Baugeld zur Befriedigung solcher Personen, die an der Herstellung oder dem Umbau des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt sind, zu verwenden. Eine anderweitige Verwendung des Baugeldes ist bis zu dem Betrag statthaft, in welchem der Empfänger aus anderen Mitteln Gläubiger der bezeichneten Art bereits befriedigt hat. Die Verpflichtung nach S. 1 hat auch zu erfüllen, wer als Baubetreuer bei der Betreuung des Bauvorhabens zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigt ist. Die Frage ist, welchen Anwendungsbereich § 1 Abs. 1 BauFordSiG hat. Ziel des BauFordSiG ist es, durch eine erhebliche Erweiterung des Baugeldbegriffs insbesondere die Nachunternehmer vor Forderungsausfällen im Falle der Insolvenz ihres Auftraggebers zu schützen³²⁸. Die Vorschrift will verhindern, dass das Entnahme-

81

³²⁴ Palandt/Sprau, BGB, § 648 a Rn. 2.

³²⁵ Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt vom 18.02.1999, Az: 11 U 259/98.

³²⁶ Begründung des Gesetzentwurfes, BT-DS 12/1836, S. 8; OLG Düsseldorf BauR 1999, 47, 48.

³²⁷ Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB/B, Anh. 2 Rn. 210.

³²⁸ BT-Drucks. 16/13159.

recht des selbst an der Herstellung des Baus beteiligten Baugeldempfängers zur Vorwegbefriedigung auf Kosten der übrigen Beteiligten eingesetzt wird³²⁹. Die zweckwidrige Verwendung von Baugeld durch den Empfänger führt zu strafrechtlicher Verantwortung und gemäß § 823 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) über die Schutzgeseizenschaft des BauFordSiG auch zu möglichen persönlichen Schadensersatzansprüchen gegenüber den Handelnden des insolventen Unternehmens, das den Verstoß begangen hat³³⁰. Erkennbar wird, dass der Gesetzgeber beabsichtigt, die Folgen eines Verstoßes über Ansprüche aus dem Recht der unerlaubten Handlungen abzuwickeln. Selbige werden an den Erfolgsort angeknüpft (Art. 4 Abs. 1 Rom II angeknüpft). Nach Erwägungsgrund 17 der Verordnung Rom II sollte das anzuwendende Recht das Recht des Staates sein, in dem der Schaden eintritt, und zwar unabhängig von dem Staat oder den Staaten, in dem bzw. denen die indirekten Folgen auftreten konnten. Daher sollte auch bei Personen- oder Sachschaden als Staat, in dem der Schaden eintritt, der Staat gelten, in dem der Personen- oder Sachschaden tatsächlich eingetreten ist. Würde man Ansprüche aus einer Verletzung des BauFordSiG an den Erfolgsort anknüpfen, könnte stets dann Schadensersatz begehrt werden, wenn geschützte Anspruchsprätendenten mit Sitz im Inland geschädigt wurden. Allerdings schützt Art. 17 Rom II ausländische Bauherren, Bauträger und Generalunternehmer, weil bei der Beurteilung des Verhaltens der Person, deren Haftung geltend gemacht wird, faktisch und soweit angemessen die Verhaltensregeln zu berücksichtigen sind, die an dem Ort und zu dem Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses in Kraft sind. Dass die Separierungspflicht nach dem BauFordSiG eine Verhaltensregel im Sinne des Art. 17 Rom II ist, folgt aus dem Umstand, dass nach Erwägungsgrund 34 der Verordnung Rom II der Begriff „Sicherheits- und Verhaltensregeln“ in dem Sinne auszulegen ist, dass er sich auf alle Vorschriften bezieht, die in Zusammenhang mit Sicherheit und Verhalten stehen, einschließlich beispielsweise der Straßenverkehrssicherheit im Falle eines Unfalls. Zur Wahrung eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen den Parteien müssen, soweit dies angemessen ist, die Sicherheits- und Verhaltensregeln des Staates, in dem die schädigende Handlung begangen wurde, selbst dann beachtet werden, wenn auf das außervertragliche Schuldverhältnis das Recht eines anderen Staates anzuwenden ist. Da es sich um ein Distanzdelikt handelt, wird man überdies grundsätzlich auf die Verhaltensregeln am Handlungsort abstellen³³¹.

Problematisch ist das BauFordSiG, weil es den internationalen Wettbewerb verzerren könnte. Während im Inland tätige Unternehmen mit Sitz im Ausland über Art. 17 Rom II geschützt sind, fallen in Deutschland ansässige Unternehmen ausnahmslos unter das Gesetz. Damit drängt sich die Frage auf, ob § 1 BauFordSiG eine Eingriffsnorm im Sinne des Art. 16 Rom II ist. In diesem Falle käme in Betracht, das BauFordSiG auch anzuwenden, wenn der Unternehmer seinen Sitz im Ausland hat. Aus europarechtlichen Gründen wird man aber nicht nur deutsche Subunternehmer und Unternehmer schützen können. Als Vorbild könnte die französische Rechtsprechung³³² zum Eingriffscharakter des Gesetzes Nr. 1334/1975 (Subunternehmerdurchgriff) dienen. Dann käme eine Sonderanknüpfung an den Ort der Baustelle in Betracht. Es müsste allerdings ein sehr großzügiges Verständnis zum Begriff der Eingriffsnorm an den Tag gelegt werden. Das BauFordSiG ist erklärtermaßen ein Gesetz, das dem Interessenaus-

³²⁹ BR-Drucks. 443/09; BT-Drucks. 16/13159.

³³⁰ BT-Drucks. 16/13159.

³³¹ Wagner IPRax 2008, 5; Palandt/Thorn, BGB, Art. 17 Rom II Rn. 3.

³³² Cass.mixte, Urteil vom 30.11.2007 – 06-14006, IBR 2008, 428–Hök = Juris-Data n° 2007-041758.

gleich zwischen Bauherrn und Generalunternehmern einerseits und Unternehmer und Subunternehmern andererseits dient. Letzere sollen vor der Zweckentfremdung der Mittel geschützt werden, die für die Baumaßnahme gedacht sind. In Art. 16 Rom II fehlt eine Definition der Eingriffsnorm. Im Zweifel kann man aber auf die Regelung in Art. 9 Abs. 1 Rom I zurückgreifen³³³. Nach Art. 9 Abs. 1 Rom I ist eine Eingriffsnorm eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Erwägungsgrund 28 der Verordnung Rom II gibt sanfte Hinweise auf Normen, die unter Art. 16 Rom II fallen können. Es bleiben aber Zweifel, ob das BauFordSiG entscheidend für die Wahrung des öffentlichen Interesses ist.

³³³ Vgl. Palandt/Thorn, BGB, Art. 16 Rom II Rn. 4.

§ 5 Reichweite des Bauvertragsstatuts

Schrifttum

Audit, Droit International privé, 3. Auflage, Paris 2000; Glavinis, Le contrat international de construction, Paris 1993; Berger, The Practice of Transnational Law, 2001; Brabant, Le contrat international de construction, Brüssel 1981; Bonell, Das autonome Recht des Welthandels, Rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte, RabelsZ 42 (1978), 485 ff.; Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, 1984; Brödermann, Die erweiterten Unidroit Principles 2004, RIW 2004, 721; Dünneberger, Vertrag zur Errichtung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr, 1984, Markowsky, Der Bauvertrag im internationalen Rechtsverkehr, Diss 1997; Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Köln 1998; Thode, Die Bedeutung des neuen internationalen Vertragsrecht bei grenzüberschreitenden Bauverträgen, ZfBR 1989, 45; Vetter, Kollisionsrechtliche Fragen bei grenzüberschreitenden Subunternehmerverträgen im Industrieanlagenbau, ZvgIRWiss 87 (1988), 248 ff.; Britton, Oxalic Acid and the Applicable Law: The Rome Convention and Construction, ICLR 2003, 381 ff.; Dicey & Morris, The Conflict of Laws, Vol. I + II, 13. Auflage, London 2000; Hök, Neues zum Internationalen Privatrecht des Bauvertrages, ZfBR 2000, 7 ff.; Hök, Risiken und Sicherheiten im grenzüberschreitenden Geschäft, BauRB 2004, 346; Hök, Neues europäisches Internationales Baurecht, ZfBR 2008, 741 ff.; Hök, Zum Sitz des Rechtsverhältnisses beim internationalen Bau- und Architektenvertrag, ZfBR 2006, 741 ff.; Kötz, Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht, RabelsZ 34 (1970), 663 ff.; Schmitthoff, Das neue Recht des Welthandels, RabelsZ 28 (1964), 47 ff.; Spickhoff, Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten, RabelsZ 56 (1992), 116 ff.; Jacquet/Delebecque/Corneloup, Droit du commerce international, 2. Auflage, Paris 2010; Nuyts, Les contrats relatifs aux immeubles en droit international privé conventionnel européen, Rev.dr.int. et dr.comp. 2000, 143; Brabant, Le contrat international de construction, Brüssel 1981; Bunni, The FIDIC Form of Contract, 3. Auflage, London 2005; Kulick, Auslandsbau, Stuttgart 2003; Sonnenberger, Privatrecht und Internationales Privatrecht im künftigen Europa: Fragen und Perspektiven, RIW 2002, 489; Wenner, Die objektive Anknüpfung grenzüberschreitender Verträge im deutschen Internationalen Anlagen- und Bauvertragsrecht, FS Jagenburg, München 2000, 205; Martiny, Neues deutsches internationales Vertragsrecht, RIW 2009, 737; Martiny, Anwendbares Recht für internationale Bauverträge, BauR 2008, 241; Mankowski, Die Rom I Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133

Inhaltsübersicht

I. Zustandekommen des Vertrages.....	2	a. Verfahrenstechnische Einflüsse	33
1. Gesetzliche Regelung.....	2	b. Auslegungsgrundsätze	35
a. Grundsatz des einheitlichen Vertragsstatuts	3	c. Praxis staatlicher Gerichte	37
b. Vorkonsensuale Bereiche.....	4	d. Auslegung fremdsprachiger Verträge.....	39
c. Ausnahmen.....	5	IV. Erfüllung und Erfüllungswirkung	41
2. Individualvertrag.....	6	1. Inhalt der Verpflichtungen.....	41
a. Ansprüche aus culpa in contrahendo.....	7	2. Erfüllungswirkung	42
b. Vertragsschluss.....	10	3. Durchsetzbarkeit der Erfüllungsansprüche.....	43
c. Willenserklärungen	11	V. Leistungsstörungen.....	44
d. Schweigen und Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	12	VI. Mängelgewährleistung	46
3. Allgemeine Geschäftsbedingungen	14	VII. Beweislast und gesetzliche Vermutungen.....	49
4. Öffentliche Vergabeverfahren.....	17	VIII. Kündigung	50
II. Wirksamkeit des Bauvertrages	28	IX. Verjährung.....	52
III. Inhalt des Bauvertrages	31	X. Vertragsmanagement.....	53
1. Zwingendes Recht.....	31	XII. Claim Management	54
2. Auslegung des Vertrages	32	1. Einleitung.....	57
		2. Management-Ansatz	65

- 1 Das Recht der vertragscharakteristischen Leistung regelt die Beziehungen der Vertragsparteien nahezu umfassend. Wie der Vertrag zu erfüllen ist, wann er zu erfüllen ist und wo er zu erfüllen ist, muss dem **Vertragsstatut** entnommen werden (vgl. Art. 12 Rom I). Das Recht der Bauabnahme und der Mängelgewährleistung, Dokumentationspflichten

und wechselseitige Informations- sowie Mitwirkungspflichten sind allesamt dem Vertragsstatut zu entnehmen. Das Zustandekommen des Vertrages beurteilt sich ebenfalls nach dem Vertragsstatut (Art. 31 EGBGB, Art. 10 Rom I). Allerdings gilt das Vertragsstatut nicht grenzenlos. Welche zwingenden baurechtlichen Vorschriften oder zwingenden technischen Standards im Baustellenland einzuhalten sind, muss dem Recht im Baustellenland entnommen werden. Insoweit können sich Konflikte zwischen dem Vertragsstatut und dem Recht im Baustellenland ergeben (vgl. Art. 34 BGBGB a.F. und Art. 9 Rom I).

I. Zustandekommen des Vertrages

1. Gesetzliche Regelung. Aus Art. 31 Abs. 1 EGBGB a.F. und Art. 10 Rom I folgt, dass sich die Frage nach dem Zustandekommen und der Wirksamkeit eines Vertrages nach dem Recht beurteilt, das auf den Hauptvertrag anzuwenden wäre. Eine Ausnahme ist in Art. 31 Abs. 2 EGBGB a.F. und Art. 10 Abs. 2 Rom I vorgesehen. Danach kann sich eine Partei darauf berufen, sie habe dem Hauptvertrag oder dem Verweisungsvertrag nicht zugestimmt, sofern dieser Einwand nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Partei erheblich ist. Für die Sonderanknüpfung des zum Vertragsabschluss erforderlichen Konsenses an das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes einer Partei ist es erforderlich,

- dass das Vertragsstatut ein anderes Recht ist, als das des gewöhnlichen Aufenthaltes,
- dass der Vertrag nach dem Vertragsstatut wirksam zustande gekommen ist und
- dass es nach den Umständen des Einzelfalles nicht gerechtfertigt wäre, die Wirkungen der Zustimmung nach dem der Partei fremden Vertragsstatut zu beurteilen.

Art. 31 Abs. 2 EGBGB und Art. 10 Abs. 2 Rom I haben insoweit praktische Bedeutung, als darüber zu entscheiden ist, ob das Schweigen einer Partei als Zustimmung anzusehen ist.

Ägypten: Lädt der Besteller Unternehmer ein, ein Angebot abzugeben, in dem er die Bedingungen nennt, unter denen ein Auftrag erteilt wird, muss er den Auftrag dem Bieter erteilen, der den Wettbewerb gewinnt. Allerdings kann sich der Besteller ausdrücklich vorbehalten, dass er keinen Zuschlag erteilt, sondern z.B. dem Gewinner nur eine Prämie aussetzt¹.

England: Die Einladung zur Angebotsabgabe ist eine *invitatio ad offerendum* und kein Angebot. Im öffentlichen Vergabeverfahren entsteht vor dem Hauptvertrag ein Vorvertrag, der Pflichten des Bestellers begründet².

Kanada: Die Einladung zur Angebotsabgabe ist kein Angebot, das der Unternehmer annehmen kann. Allerdings kommt ein Vertrag A zustande, der im Vergabeverfahren Rechte und Pflichten begründet. Der Bauvertrag kommt als Vertrag B zustande, wenn der Zuschlag an einen bestimmten Unternehmer erteilt wird³.

Indien: Die Einladung zur Angebotsabgabe ist eine *invitatio ad offerendum* und kein Angebot⁴.

¹ Abu-Sahlieh, Le contrat d'entreprise en droit arabe, 37.

² Vgl. Harmon CFEM Facades (UK) Ltd v. The Corporate Officer of the House of Commons [1999] EWHC Technology 199 (28th October, 1999).

³ The Queen in the Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Limited [1981] 1 SCR 111.

⁴ Red Rose Co-operative Labour and Construction (LOC) Ltd v. State of Ounjab AIR 1999 P&H 244; vgl. Ratan Kumar Sarangi v. Union Of India AIR 1992 Gau 64; Desai, Tenders and Government Contracts, 30 f.

- 3 a. Grundsatz des einheitlichen Vertragsstatuts.** Art. 31 EGBGB a.F. (gleichlautend Art. 8 EVÜ) und Art. 10 Rom I bekräftigen den Grundsatz des einheitlichen Vertragsstatuts. Das Vertragsstatut beherrscht nicht nur den Vertrag und seine Abwicklung, sondern auch sein Zustandekommen⁵. Es ist auf das Recht abzustellen, das anwendbar wäre, wenn der Vertrag zustande gekommen wäre oder ist. Insoweit das Vertragsstatut objektiv ermittelt werden kann, also eine Rechtswahl fehlt, begegnet die Ausweitung des Vertragsstatuts auf vorkonsensuale Elemente kein Bedenken. Da aber Art. 10 Rom I (früher Art. 31 Abs. 1 EGBGB) auch Rechtswahlklauseln in die Feststellung des anwendbaren Rechts einbezieht (vgl. Art. 3 Abs. 5 Rom I), besteht Erläuterungsbedarf. Es scheint auf den ersten Blick schwer vermittelbar zu sein, dass ein noch nicht zustande gekommener Vertrag vorgeben soll, welches Recht anwendbar sein soll. Wie kann die Frage nach dem anwendbaren Recht davon abhängen, was die Parteien erst noch vereinbaren wollen, nämlich das anwendbare Recht? Der scheinbare Widerspruch löst sich auf, wenn man zunächst die Vorteile des einheitlichen Vertragsstatutes betrachtet. Es macht keinen Sinn, das Zustandekommen eines Vertrages von seinem rechtlich vorgegeben Inhalt abzulösen. Vertragsinhalt und Vertragsschluss gehören inhaltlich zusammen. Im Ernstfall wird es nur schwer gelingen, Inhalt und konstitutive Elemente eines Vertrages voneinander zu trennen. Es steht im Vordergrund, für den Vertrag eine einheitliche Rechtsordnung zu ermitteln. Hiervon im Falle der Rechtswahl abzurücken, würde bedeuten, erhebliche Abgrenzungsprobleme aufzuwerfen. Deshalb ordnen Art. 27 Abs. 4 EGBGB a.F. und Art. 3 Abs. 5 Rom I ausdrücklich an, dass über das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Einigung der Parteien über das anzuwendende Recht das „hypothetische“ Vertragsstatut entscheidet⁶.
- 4 b. Vorkonsensuale Bereiche.** Das Vertragsstatut erfasst gemäß Art. 31 Abs. 1 EGBGB a.F. und Art. 10 Abs. 1 Rom I praktisch alle vorkonsensualen Bereiche. Art. 10 Rom I übernimmt nahtlos die Vorgängerregelung aus Art. 9 EVÜ, so dass sich insoweit keine Änderungen gegenüber der früheren Rechtslage ergeben haben⁷. Die Voraussetzungen des Vertragsschlusses, also Angebot und Annahme, Zugang und Zugangserfordernisse von Willenserklärungen, Konsens, Dissens und deren Folgen sowie das Erfordernis der *consideration*⁸ des anglo-amerikanischen Rechtskreises sind dem Vertragsstatut zu entnehmen. Es beherrscht vorbehaltlich des Art. 11 Abs. 1 S. 1 2. Alt EGBGB a.F. und Art. 10 Abs. 2 ff. Rom II auch die Formerfordernisse sowie weiterhin die Wirkungen des Schweigens im Rechtsverkehr, die Bedeutung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens und die Voraussetzungen der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁹.
- 5 c. Ausnahmen.** Art. 31 Abs. 1 EGBGB a.F. und Art. 10 Abs. 1 Rom I knüpfen das Zustandekommen des Vertrages an das präsumtive Vertragsstatut an. Das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrages sind nach dem Recht zu beurteilen, das bei Wirksamkeit des Vertrages anzuwenden wäre. In Ergänzung hierzu bestimmen Art. 31 Abs. 2 EGBGB und Art. 10 Abs. 2 Rom I, dass sich eine Partei unter besonderen Umständen „für die Behauptung, sie habe dem Vertrag nicht zugestimmt“, auf das Recht des Staates ihres gewöhnlichen Aufenthaltsorts berufen kann. Die Sonderregelung des

⁵ OLG Celle IPRspr. 2001 Nr. 31, Zum Sonderprivatrecht für internationale Verträge siehe Landbrecht R/W 2011, 291 ff.

⁶ Vgl. auch Leible/Lehmann RIW 2008, 528, 532.

⁷ Vgl. auch Leible/Lehmann RIW 2008, 528, 540.

⁸ Vgl. dazu OLG Celle IPRspr. 2001 Nr. 31.

⁹ Münchener Kommentar/Martiny, BGB, 4. Auflage, Art. 31 EGBGB Rn. 4, 5.

Art. 31 Abs. 2 EGBGB a.F. und Art. 10 Abs. 2 Rom I erfasst damit lediglich einen begrenzten Ausschnitt aus dem Regelungsbereich des Art. 31 Abs. 1 EGBGB a.F. und Art. 10 Abs. 1 Rom I. Sie bezieht sich nur auf die Frage des Zustandekommens der Einigung, nicht aber auf deren Wirksamkeit¹⁰. Zweck der Vorschriften ist es, der Partei für ihr Verhalten bei Vertragsabschluss das ihr vertraute Recht des Staates ihres gewöhnlichen Aufenthaltsorts zugute kommen zu lassen. Die Partei soll nicht nach einem ihr fremden Recht rechtsgeschäftlich gebunden werden, mit dessen Geltung sie noch nicht zu rechnen brauchte, so dass sie ihr Verhalten nicht nach diesen fremden rechtsgeschäftlichen Verhaltensregeln ausrichten musste. Dabei geht es insbesondere um die Bedeutung des Schweigens auf ein Angebot, die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Vertragsänderung durch widerspruchslose Entgegennahme eines Bestätigungsschreibens (vgl. das oben angeführte Schrifttum). Demnach schützen Art. 31 Abs. 2 EGBGB a.F. und Art. 10 Abs. 2 Rom I nur vor dem Fehlen des Erklärungsbewusstseins. Die Vorschrift betrifft allein die Frage, ob überhaupt eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung vorliegt, nicht dagegen die Frage, ob die Willenserklärung wirksam ist¹¹. Dieser beschränkte Anwendungsbereich des Art. 31 Abs. 2 EGBGB und des Art. 10 Abs. 2 Rom I schließt die Berufung auf ein Widerrufsrecht nach § 312 BGB aus¹².

2. Individualvertrag. Das Wechselspiel von Angebot und Annahme, das in der Regel zum Vertragsschluss führt, erfordert auf dem internationalen Parkett der Bauwirtschaft besonders viel Geschick und Einfühlungsvermögen. Zu Beginn der Verhandlungen steht noch nicht fest, worauf sich die Parteien einlassen und auf welcher Rechtsgrundlage sie es tun werden. Wie sich aus Art. 31 Abs. 1 EGBGB a.F. und Art. 10 Abs. 1 Rom I ergibt, entscheidet sich erst mit Vertragsschluss, welche Rechtsordnung die Beziehungen der Parteien bestimmen wird. Werden die Verhandlungen abgebrochen, stellt sich die Frage nach den vorvertraglichen Ansprüchen, die jedenfalls auf den ersten Blick nicht unter Art. 31 EGBGB a.F. sowie Art. 10 Abs. 1 Rom I passen. 6

a. Ansprüche aus culpa in contrahendo. Grundsätzlich sind die Parteien frei zu verhandeln. Kommt es zu keinem Vertragsschluss, bleiben die Parteien frei¹³. Doch völlig schutzlos sind die Parteien nach deutschem Recht in der Verhandlungsphase nicht. Gegen missbräuchliche Verhaltensweisen sind sie durch das Institut der culpa in contrahendo (c.i.c.) geschützt. In England herrschen grundsätzlich andere Ansichten. Dort kann ein Angebot bis zum Vertragsschluss sanktionslos zurückgezogen werden¹⁴. Nach wie vor findet man in England durchaus die Auffassung, dass der Grundsatz von „good faith“ weder vorvertraglich noch nachvertraglich im Sinne kontinentaleuropäischen Verständnisses existiere. Wenn überhaupt, so ist ein Vertrag unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu erfüllen, aber nicht nach Treu und Glauben zu verhandeln. Wenn auch inzwischen eine gewisse Diskussion im Gange ist, so muss man doch durch aus damit leben, dass Treu und Glauben jedenfalls vorvertraglich keine Rolle spielt, was sich z.B. dadurch ausdrückt, dass der willkürliche Abbruch von Vertragsverhandlungen 7

¹⁰ So ausdrücklich der Bericht Giuliano/Lagarde BT-Drucks. 10/503 S.33/60 zu dem Art.31 EGBGB zugrundeliegenden Art. 8 EVÜ; BGHZ 135, S. 124, 137; Mankowski RIW 1996, 382, 384 ff.; Münchener Kommentar/Martiny, BGB, 4. Auflage, Art. 31 EGBGB Rn. 13; Münchener Kommentar/Spellenberg, BGB, 4. Auflage, vor Art. 11 EGBGB Rn. 50 ff.).

¹¹ Münchener Kommentar/Martiny, BGB, 4. Auflage, Art. 31 EGBGB Rn. 13; Münchener Kommentar/Spellenberg, BGB, 4. Auflage, vor Art. 11 Rn. 52; Mankowski RIW 1996, 382, 385.

¹² BGHZ 135, S. 124, 138; a.A. u.a. LG Aachen NJW 1991, 2221; LG Gießen NJW 1995, 406; LG Koblenz NJW-RR 1995, S. 133; OLG Stuttgart RIW 1996, 424; Klingsporn WM 1994, S. 1093, 1097; dagegen eingehend Mankowski RIW 1996, 382.

¹³ Lando RabelsZ 67 (2003), 231, 242.

¹⁴ Routledge v. Grant (1828) 4 Bing 653.

bislang sanktionslos möglich ist¹⁵ und dass überragendes Wissen der einen Vertragsseite der anderen nicht mitgeteilt werden muss. Schweigen ist Gold, denn anderenfalls greifen eventuell die Grundsätze der Haftung für *Misrepresentation*. Die **European Principles** greifen dagegen die von Ihering entwickelten Grundsätze zur c.i.c. auf. Art. 2:301 der European Principles bestimmt, dass eine Partei, die entgegen gegen den Geboten von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs verhandeln oder die Verhandlungen abbrechen, dafür in die Haftung genommen werden kann¹⁶. Die bestehenden Rechtsunterschiede verdeutlichen, dass die Frage, welches Recht die Phase bis zum Vertragsschluss beherrscht, große Bedeutung hat. Die deutsche Rechtsprechung stellte bislang auf das Statut des angebahnten Vertrages ab¹⁷. Teilweise wurde die analoge Anwendung des Art. 31 Abs. 1 EGBGB a.F. befürwortet¹⁸. Die h.L. bevorzugte eine differenzierte Anknüpfung. Für vertragsbezogene Vertragspflichten (z.B. Aufklärungs- und Beratungsverpflichtungen¹⁹) sollte das Vertragsstatut und für deliktsähnliche Pflichtverletzungen sollte das Deliktsstatut herangezogen werden²⁰. In Frankreich wurden beide Qualifikationen genutzt²¹. Wurde dort der fragliche Anspruch deliktsrechtlich qualifiziert, wurde an den Baustellenort angeknüpft, weil dort der Schaden lokalisiert ist²². Diese Einordnungsversuche waren allerdings bereits in der Vergangenheit im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zu betrachten. Der EuGH²³ hatte schon vor Inkrafttreten der Verordnungen Rom I und Rom II die vorvertragliche Haftung als deliktische Haftung unter Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ (jetzt EuGVVO) subsumiert und damit den Weg aufgezeigt, wie zukünftig das europäische Kollisionsrecht aussehen würde²⁴. Letztlich wird der EuGH davon geleitet gewesen sein, dass die meisten europäischen Rechtsordnungen vorvertragliche Ansprüche deliktsrechtlich qualifizieren²⁵. Seit Inkrafttreten der beiden Verordnungen Rom I und Rom II sind die vorvertraglichen Schuldverhältnisse ausdrücklich in der Verordnung Rom II geregelt. Art. 12 Abs. 1 Rom I knüpft die außervertraglichen Schuldverhältnisse aus Verhandlungen vor Abschluss eines Vertrags, unabhängig davon, ob der Vertrag tatsächlich geschlossen wurde oder nicht, an den Vertrag an, der geschlossen worden ist oder der geschlossen worden wäre. Kann das anwendbare Recht auf diese Weise nicht ermittelt werden, greift Art. 12 Abs. 2 Rom II ein. Dann gilt Folgendes: Kann das anzuwendende Recht nicht nach Art. 12 Abs. 1 Rom II bestimmt werden, so ist das anzuwendende Recht a) das Recht des Staates, in dem der Schaden eingetreten ist, unabhängig davon, in welchem Staat das schadensbegründende Ereignis oder indirekte Schadensfolgen eingetreten sind, oder, b) wenn die Parteien zum Zeitpunkt des Eintritts des schadensbegründenden Ereignisses ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat haben, das Recht dieses Staates, oder, c) wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass das außervertragliche Schuldverhältnis aus Verhandlungen vor Abschluss eines Vertrags eine offen-

¹⁵ Vgl. Chitty on contracts, Rn. 37-053.

¹⁶ Lando *RabelsZ* 67 (2003), 231, 243.

¹⁷ BGH NJW 1987, 1141; LG Braunschweig IPRax 2002, 213, 215.

¹⁸ Dörner JR 1987, 198, 203; Looschelders, IPR, Art. 32 Rn. 29.

¹⁹ Art. 7:754 des niederländischen Wetboek erlegt dem Unternehmer eine umfassende Aufklärungspflicht in Bezug auf Mängel in den Bauspezifikationen auf.

²⁰ Bernstein *RabelsZ* 41 (1977), 281 ff.; Scheffler IPRax 1995, 20; Fischer JZ 1991, 168; Stoll FS Ferid (1988), 495, 505; Thorn IPRax 2002, 349, 361; Mankowski IPRax 2003, 127.

²¹ Vgl. Glavinis, *Le contrat international de construction*, Rn. 631.

²² Glavinis, *Le contrat international de construction*, Rn. 631.

²³ EuGH IPRax 2003, 143, 144, kritisch Mankowski IPRax 2003, 127 ff.

²⁴ Vgl. Art. 9 des Entwurfs für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II).

²⁵ Vgl. Looschelders, IPR, Art. 32 Rn. 29.

sichtlich engere Verbindung mit einem anderen als dem in den Buchstaben a oder b bezeichneten Staat aufweist, das Recht dieses anderen Staates.

In der Praxis wird die **vorvertragliche Phase** bzw. werden die Vertragsverhandlungen oftmals mit Absichtserklärungen, „letters of intent“, „memorandum of understanding“, „heads of agreement“ etc. untersetzt. Solche Absichtsvereinbarungen regeln (noch) nicht den Vertragsinhalt²⁶. Sie sollen die Handlungsfreiheit der Parteien einschränken. Der Sinn solcher Vereinbarungen liegt darin, komplexe Verhandlungen über Großprojekte zu strukturieren und für die Verhandlungsphase, die sich oftmals über Monate, gelegentlich über Jahre hinziehen kann, eine gewisse Sicherheit zu gewinnen, zumal durch die Verhandlungen Know-how offen gelegt wird und Ressourcen gebunden werden. In kommissionsrechtlicher Hinsicht werden solche Abmachungen im Prinzip selbstständig behandelt²⁷. Allerdings lassen sich solche Abmachungen nur schwerlich unter Art. 4 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 Rom I subsumieren. Es kommt daher in Betracht, über Art. 4 Abs. 3 Rom I zu verfahren²⁸. Nach Erwägungsgrund 21 der Verordnung Rom I kann dann berücksichtigt werden, ob der betreffende Vertrag in einer sehr engen Verbindung zu einem oder mehreren anderen Verträgen steht. Das dürfte bei vorvertraglichen Vereinbarungen stets der Fall sein, so dass im Ergebnis wieder das Recht des Hauptvertrages maßgeblich ist. Schwierig wird es dann, wenn dieses Recht nur schwer zu ermitteln ist. Dann muss im Einzelfall untersucht werden, zu welcher Rechtsordnung die vorvertragliche Vereinbarung besonders enge Beziehungen unterhält.

Der rechtliche Charakter derartiger Vereinbarungen ist zumindest unsicher²⁹. Das Spektrum der Vereinbarungen ist groß. Es reicht von erkennbar völlig **unverbindlichen** Absichtserklärungen bis hin zur Herstellung bereits **rechtsverbindlicher** Beziehungen der Parteien. Inwieweit ein MoU bereits Rechtsbeziehungen schafft oder nicht, hängt wesentlich davon ab, welche Rechtsordnung zugrunde liegt³⁰. Ausgangspunkt für die Diskussion zur Bindungswirkung eines MoU ist in jedem Fall, dass ein Vertrag durch Angebot und Annahme zustande kommt. Im Prinzip gilt überall auf der Welt, dass die Parteien ungebunden sind, bis ein Vertrag zustande kommt. Die Parteien behalten ihre Freiheit selbst dann noch, wenn sie in Vertragsverhandlungen stehen³¹. Allerdings sind insoweit gewisse Vorbehalte angebracht, denn in einigen Ländern können bereits Verhandlungen über einen Vertrag rechtlich erhebliche Beziehungen begründen. Jedenfalls werden nach dem Beginn von Verhandlungen nicht mehr alle Verhaltensweisen gebilligt, z.B. wenn eine Partei sich zuwider den guten Sitten verhält, etwa wenn es ihr nur darum ging, die Verhandlungen zu führen, um Betriebsgeheimnisse zu erfahren³². In Frankreich, Belgien und Italien kann ein solches Verhalten Ansprüche aus unerlaubter Handlung auslösen³³, in Deutschland käme eine Haftung aus c.i.c. in Betracht. Dagegen verhalten sich die Länder des common law diesbezüglich erheblich zurückhaltender³⁴.

²⁶ Vgl. Le Tourneau, *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle*, 156; Merkt/Göthel in: Reithmann/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, Rn. 4501.

²⁷ Vgl. Merkt/Göthel in: Reithmann/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, Rn. 4501.

²⁸ Vgl. Merkt/Göthel in: Reithmann/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, Rn. 4502.

²⁹ Fontaine/Dely, *Droit des Contrat Internationaux*, 7.

³⁰ Fontaine/Dely, *Droit des Contrat Internationaux*, 7.

³¹ Fontaine/Dely, *Droit des Contrat Internationaux*, 44.

³² Fontaine/Dely, *Droit des Contrat Internationaux*, 44.

³³ Fontaine/Dely, *Droit des Contrat Internationaux*, 44 m.w.N.

³⁴ Cheshire/Fifoot & Furmston's, *Law of Contract*, 48.

- 10 b. Vertragsschluss.** Gelegentlich kommt es in der vorvertraglichen Phase bereits zu Missverständnissen über die Kriterien, unter denen ein Vertrag zustande kommt. Ein Kontinentaleuropäer wird sich in der Regel damit begnügen zu fragen, ob sein Angebot angenommen wurde (vgl. Art. 1108 Code Civil). Ein **Engländer** oder US-Amerikaner aber auch Inder verstehen hingegen unter Vertragsschluss nicht nur die Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen sondern es muss als weiteres Element „consideration“ hinzukommen³⁵. Der angloamerikanische Jurist setzt also voraus, dass ein Vertrag ohne „consideration“³⁶ kein Vertrag ist. Unterhalten sich mithin ein englischer Solicitor und ein deutscher Rechtsanwalt über den Abschluss eines Vertrages, sprechen sie schon im Ansatz über zwei verschiedene Dinge³⁷. In der Praxis ist auf solche Unterschiede zu achten, damit keine Missverständnisse auftreten³⁸.

Beispiel: Wenn der Unternehmer bereits freiwillig Leistungen ausgeführt hat, ist die tags darauf zugesagte Vergütung im Prinzip nicht bindend, weil der Unternehmer keine frische „consideration“ geben kann³⁹. Auch kann es zweifelhaft sein, ob consideration vorliegt, wenn der Bauherr im Zweifel darüber, ob die Arbeiten rechtzeitig fertig gestellt werden würden, eine zusätzliche Zahlung für den Fall der zeitgerechten Vertragserfüllung zusagt⁴⁰.

Letztlich beurteilen sich die Anforderungen an den Vertragsschluss nach dem Vertragsstatut. Doch der Weg dorthin ist unsicher, zumal am Ende auch eine Vereinbarung über das anwendbare Recht stehen kann, die den Erwartungen einer Partei nicht Rechnung trägt.

- 11 c. Willenserklärungen.** Das Recht der Willenserklärungen kann nicht darauf reduziert werden, ob die Parteien Konsens erzielt haben. Auch die Frage, ob und wie dieser Konsens erzielt wurde, ist bedeutsam, zumal im grenzüberschreitenden Verkehr. Art. 31 Abs. 1 EGBGB und Art. 10 Abs. 1 Rom I enthalten insofern eine umfassende Verweiserregel. Das Vertragsstatut befindet über die Voraussetzungen und die Wirkungen von Willenserklärungen ebenso wie über ihren Zugang und ihre die Bindefrist und die Rücknahme von Willenserklärungen sowie über Willensmängel⁴¹. Nicht erfasst wird die Geschäftsfähigkeit⁴². Sie beurteilt sich nach dem Personalstatut des Erklärenden (Art. 7 EGBGB, Art. 12 EGBGB a.F., Art. 13 Rom I). Ausnahmsweise durchbricht Art. 13 Rom I das Personalstatut, soweit Verkehrsschutzinteressen vorgehen. Im Einzelfall kann es erhebliche Schwierigkeiten aufwerfen, die Frage zu klären, ob eine Regelung die Rechts- und Geschäftsfähigkeit oder die Wirksamkeit eines Vertrages betrifft. Diese Diskussion hat jüngst der englische High Court geführt, wo es auf die Frage ankam, ob Handlungsbefugnisse einer norwegischen Kommune zum Personalstatut ge-

³⁵ Bunn v. Guy (1803) 4 East 190; OLG Celle IPRspr. 2001 Nr. 31.

³⁶ Auch nach englischem Recht kommt ein Vertrag durch Angebot und Annahme zustande. Die Vereinbarung muss allerdings ein Wertelement enthalten, das man unter dem Begriff „consideration“ kennt, obwohl auch eine unentgeltliche Vereinbarung zulässig ist, wenn sie in der Form einer „deed“ zustandekommt, wobei die Übersetzung mit notarieller Urkunde missverständlich ist, weil es in England die Einrichtung des Notars nicht gibt. Üblich ist die Formel, dass etwas für etwas getan wird (something for something). Ferner müssende Parteien die Absicht haben, rechtsverbindliche Beziehungen einzugehen.

³⁷ Vgl. Sacco ZEuP 2002, 727, 735.

³⁸ Vgl. Re Bonacina [1912] 2 Ch 394.

³⁹ Uff, Construction Law, 154.

⁴⁰ Vgl. Williams v. Roffrey Bros. [1991] 1 Q.B. 1 (im konkreten Fall wurde eine verpflichtende Erklärung angenommen).

⁴¹ RGZ 53, 138; RGZ 78, 55; vgl. auch Looschelders, IPR, Art. 31 Rn. 6.

⁴² Looschelders, IPR, Art. 31 Rn. 4.

hören oder schlicht eine Frage der Unwirksamkeit des Vertrages betreffen⁴³. Das Recht der Stellvertretung wird nach h.M. gesondert angeknüpft⁴⁴. Die Verordnung Rom I regelt die Stellvertretung nicht⁴⁵.

Nach deutschem Recht muss z.B. eine Willenserklärung, die unter Abwesenden abgegeben wird, dem Adressaten zugehen, um wirksam zu werden. Nach englischem Recht reicht die Absendung der Erklärung⁴⁶. Das hypothetische Vertragsstatut⁴⁷ entscheidet in einem solchen Fall, ob die Absendung der Willenserklärung ausreicht oder ob sie zugegangen sein muss⁴⁸.

d. Schweigen und Kaufmännisches Bestätigungsschreiben. Das Vertragsstatut entscheidet auch über die Frage, wie das Schweigen einer Partei zu behandeln ist. Nach deutschem Recht kann z.B. ein Architekt durch Schweigen gebunden werden⁴⁹. Schweigt ein Architekt mit Sitz in England, würde er gebunden sein, wenn das deutsche Recht Vertragsstatut wäre, nicht jedoch nach englischem Recht⁵⁰. Dem englischen Architekten hilft jedoch ggf. Art. 31 Abs. 2 EGBGB bzw. Art. 10 Abs. 2 Rom I, wenn seine Bindung durch Schweigen unbillig wäre, weil er nicht mit der Anwendung deutschen Rechts rechnen musste⁵¹.

Entsprechend sind die Fälle des kaufmännischen Bestätigungsschreibens zu behandeln. Grundsätzlich beurteilen sich die Wirkungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens nach dem Vertragsstatut. Kennt das Aufenthaltsrecht des Empfängers keine dem deutschen Recht vergleichbaren Wirkungen eines solchen Bestätigungsschreibens, kann sich der Empfänger auf Art. 31 Abs. 2 EGBGB bzw. Art. 10 Abs. 2 Rom I berufen⁵².

3. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Schrifttum

Drobnig, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Rechtsverkehr, FS Mann, München 1977, 591; Kus/Markus/Steding, FIDIC's new Silver Book under the German Standard Form Contracts Act, ICLR 1999, 533 ff.; Landbrecht, Ein Sonderprivatrecht für internationale Verträge, RIW 2011, 291 ff.; Rosener, Unforeseeable Ground (Including Water) Conditions-Principle and Practise under German and related Law, ICLR 2000, 102 ff.

Gerade die Bauwirtschaft greift gerne auf bestehende Vertragsmuster und Allgemeine Geschäftsbedingungen zurück. In manchen Ländern ist es gänzlich unüblich, eigene Verträge zu entwerfen. In England etwa existieren zahlreiche renommierte Einrichtungen (RICS, ICE, IChem), die sich mit der Entwicklung und dem Vertrieb von Vertragsmustern für die unterschiedlichsten Zwecke beschäftigen. Sie sind in der Praxis weitgehend akzeptiert und werden öffentlich diskutiert. Ein Grund dafür liegt darin, dass die sog. „proferentum-rule“ keine Anwendung findet, soweit Vertragsmuster verwendet werden, die von Einrichtungen entwickelt wurden, in denen die

⁴³ Vgl. dazu Kommune & Anor v. DEPFA ACS Bank [2009] EWHC 2227 (Comm) (04 September 2009).

⁴⁴ Looschelders, IPR, Art. 31 Rn. 5; Palandt/Thorn, BGB, Anh. Art. 10 EGBGB Rn. 1.

⁴⁵ Palandt/Thorn, BGB, Anh. Art. 10 EGBGB Rn. 1.

⁴⁶ Household Fire Insurance Co v. Grant (1879) 4 Ex D 216.

⁴⁷ Gemeint ist das Recht, das anwendbar gewesen wäre, wenn der Vertrag zustande gekommen wäre, nicht jedoch dass Vertragsstatut, das durch Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen ermittelt wird. Letzteres ist seit Inkrafttreten des EVÜ nicht mehr zulässig.

⁴⁸ Vgl. Albeko Schuhmaschinen v. The Kamborian Shoe Machine Co Ltd (1961) 111 LJ 519.

⁴⁹ Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rn. 329.

⁵⁰ Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rn. 330.

⁵¹ Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rn. 330.

⁵² OLG Karlsruhe IPRspr 1993 Nr. 136; OLG Schleswig IPRspr 1989 Nr. 48.

Vertreter beider Berufsgruppen mitgewirkt haben⁵³. Im internationalen Bereich haben sich vor allem die International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) und die International Chamber of Commerce (ICC) profiliert. Beide geben international anerkannte Vertragsmuster heraus.

- 15 Die wirksame Einbeziehung von **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** beurteilt sich nach dem Vertragsstatut (Art. 31 Abs. 1 EGBGB a.F., Art. 10 Abs. 1 Rom I). Erfasst wird die Einbeziehung als auch eine mögliche Inhaltskontrolle der AGB⁵⁴. Bei internationalen Großbauvorhaben setzen sich zunehmend die sog. FIDIC-Bedingungen durch. Deutsche Stimmen haben sich wiederholt für eine inhaltliche **Kontrolle** von Klauselwerken ausgesprochen, die von Internationalen Organisationen und Berufsverbänden ohne Rechtssetzungskompetenz herausgegeben werden⁵⁵. Kus/Markus/Steding halten eine ganze Reihe von EPC-Standardklauseln für AGB-widrig. Mallmann⁵⁶ spricht sich jedoch gegen eine Inhaltskontrolle der FIDIC-Bedingungen aus. Stattdessen solle eine allgemeine Gerechtigkeitskontrolle durchgeführt werden. Nach Auffassung des BGH⁵⁷ gebietet es allerdings der Zweck des AGB-Rechts (nämlich den Rechtsverkehr von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen freizuhalten) auch solche Klauseln einer gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen, die inhaltsgleich als Allgemeine Geschäftsbedingungen in anderen Ländern gelten. Das inländische Interesse an einem wirksamen und unbeschränkten Verbraucherschutz gehe dem Streben nach internationaler Rechtseinheitlichkeit vor. Die weltweite Verwendung der zu prüfenden AGB und die damit beabsichtigte Rechtseinheitlichkeit vermag daran nach Auffassung des BGH nichts zu ändern.
- 16 Die Entstehungsgeschichte der FIDIC-Standardbedingungen, der Umstand, dass sie von der Weltbank empfohlen werden und die Tatsache, dass sie weitgehend ausgewogen sind⁵⁸, sprechen nachhaltig gegen eine einzelfallbezogene Überprüfung der FIDIC-Klauseln. An die Stelle einer Inhaltskontrolle bzw. einer allgemeinen Gerechtigkeitskontrolle sollte eine im Geiste der Ausgewogenheit vorzunehmende Auslegung der Bedingungen stehen, was den beteiligten Ingenieuren eine große Verantwortung überbürdet und andererseits eine gewisse Förmerei und das strenge Fristenregime erklärt, denn angesichts großer Entscheidungsspielräume muss wenigstens die Verfahrensweise durchschaubar und kontrollierbar sein. Unverzichtbar ist in diesem Zusammenhang eine Auseinandersetzung mit dem Geist und dem rechtlichen Hintergrund der Internationalen Bauvertragsbedingungen. Diese findet allerdings gegenwärtig – weitgehend unter Ausschluss der interessierten Fachöffentlichkeit – nahezu ausschließlich in der englischsprachigen Fachpresse statt⁵⁹.

Bevor über einzelne Regelungen aus FIDIC-Standardverträgen im Lichte deutscher gesetzlicher Regelungen geurteilt wird, sollte der Versuch unternommen werden, die Klauseln insgesamt zu würdigen und zu verstehen. Das AGB-Recht schützt generell gegen unangemessene Benachteiligungen § 307 Abs. 1 BGB). Geprüft wird, ob das Klauselwerk mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen unverein-

⁵³ Vgl. *Tersons Ltd. v. Stevenage Development Cor.* [1963] 2 Lloyd's Rep 333 a bezüglich einer JCT-Klausel; siehe aber auch *British Fermentation Products Ltd. v. Compair Reavell Ltd.* zitiert nach Allery, *Overseas Supply*, 9-04 (dort Fn. 3); zur Rechtslage nach dieser Entscheidung vgl. Allery, *Overseas Supply*, 9-04.

⁵⁴ Looschelders, IPR, Art. 31 Rn. 8.

⁵⁵ Vgl. Drobniß, FS Mann, 591, 596; Wolf, ZHR 153 (1989), 300, 310; Stoll, FS Kegel, 651 f.

⁵⁶ Mallmann, Bau- und Anlagenbauverträge, 66.

⁵⁷ BGHZ 86, 284, 288; vgl. auch BGHZ 84, 109, 116.

⁵⁸ Vgl. Kennedy, ICLR 2000, 504.

⁵⁹ Kus/Markus/Steding ICLR 1999, 533 ff.; Rosener ICLR 2000, 102 ff.

bar ist und ob wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Andererseits herrscht Vertragsfreiheit. Sie umfasst die Freiheit des Einzelnen, seine Lebensverhältnisse durch Verträge eigenverantwortlich zu gestalten. Der BGH hat herausgearbeitet, dass es den Parteien freisteht, Risiken zu verteilen und zu übernehmen⁶⁰. Es ist zulässig, riskante Verträge abzuschließen⁶¹. Der Umstand, dass an der Klauselformulierung alle interessierte gesellschaftliche Gruppen beteiligt werden, kann in die AGB Kontrolle einfließen und die anzulegenden Maßstäbe absenken. Gleichwohl besteht keine schrankenlose Vertragsfreiheit. Die Gestaltungsfreiheit muss insbesondere im Lichte der verfassungsmäßigen Ordnung gewürdigt werden, die es gebietet, dem sozialen und wirtschaftlichen Ungleichgewicht entgegenzuwirken⁶². Eine formelhafte Würdigung von AGB verbietet sich mithin. § 307 BGB beinhaltet Wertungsmaßstäbe⁶³. Es ist weder zulässig noch erforderlich, AGB sklawisch an gesetzlichen Grundregeln zu messen. Zunächst ist der objektive Inhalt der Klausel zu ermitteln.

FIDIC-Bedingungen sollten mit Blick auf die AGB Kontrolle ähnlich wie die VOB/B behandelt werden. Die von dem BGH entwickelte Privilegierung der VOB/B, mit der die Inhaltskontrolle einzelner Regelungen entfällt, wenn die VOB Teil B als Ganzes vereinbart ist, hat der BGH als gerechtfertigt angesehen, solange gewährleistet ist, dass die Vertragspartner, denen gegenüber die VOB/B verwendet wird, durch ihre Interessenvertretungen im Vergabe- und Vertragsausschuss vertreten sind und ausreichend Gelegenheit haben, sich in eine ausgewogene, den Bedürfnissen der Bauvertragsparteien entsprechende Gestaltung der VOB/B einzubringen. Voraussetzung ist allerdings stets, dass das Klauselwerk in diesem Sinne tatsächlich ausgewogen ist, was für jede neue Fassung der VOB Teil B von den Gerichten zu überprüfen ist⁶⁴. FIDIC-Vertragsbedingungen kommen unter ähnlichen Bedingungen zustande, wie die VOB/B. Das **FIDIC Contracts Committee** entwickelt die Vertragsmuster in Task Groups. Die Entwürfe werden sodann den wesentlichen Interessengruppen und Fachleuten zur Stellungnahme zugeleitet. In der Regel werden unter anderem die Verbände der Bauindustrie, die finanzierenden Einrichtungen sowie Versicherungsunternehmen gehört (z.B. die European International Contractors -EIC). Erst wenn diese Interessengruppen Gelegenheit zur Stellungnahme hatten, fertigt die Task Group einen endgültigen Entwurf, der als Test Edition auf den Markt kommt. Zwischenzeitlich holt die Task Group ein externes juristisches Gutachten ein. Die 1. Auflage wird sodann etwa ein Jahr später veröffentlicht. Die Vertragswerke sind ständig unter Beobachtung und werden in regelmäßigen Abständen geprüft und fortgeschrieben.

Viele Klauseln in den FIDIC-Vertragswerken beruhen auf jahrelangen Erfahrungswerten. Allerdings stammen diese Erfahrungen aus der internationalen Praxis, die sich vorwiegend damit begnügt, die ursprünglichen Common Law Ansätze in den Vertragswerken fortzuschreiben. Dabei achtet FIDIC stets darauf, ausgewogene vertragliche Bedingungen zu schaffen. Letzteres ist weltweit anerkannt. Einige Konzepte können aber bei unzureichender Prüfung der Grundlagen und Vernachlässigung der Konzeptgrundlagen relativ schnell zu Missverständnissen führen, zumal dann, wenn voreilige Schlüsse gezogen werden. Zum Beispiel:

⁶⁰ BGH, Urt. v. 13.3.2008 – VII ZR 194/06; MDR 2008, 739; NJW 2008, 2106; NZBau 2008, 437.

⁶¹ BGH, Urt. v. 27.6.1996 – VII ZR 59/95, BauR 1997, 126 = ZfBR 1997, 29.

⁶² Vgl. BVerfG NJW 1990, 1470; BVerfG NJW 1994, 38; BVerfG ZIP 1006, 60, 63.

⁶³ Vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, § 307 Rn. 1.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 24.7.2008 – VII ZR 55/07; BauR 2008, 1603; MDR 2008, 1151; NZBau 2008, 640; ZIP 2008, 1729.

- Unterklausel 8.7 FIDIC sieht einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz für Bauzeitüberschreitung vor. Dabei handelt es sich auf den ersten Blick um eine verschuldensunabhängige Haftung. Auf den zweiten Blick ist das falsch. Der Klausel liegt das englische Konzept von *Liquidated Damages* zugrunde, das nur fest bleibt, solange das Vertragswerk Klauseln vorsieht, die dem Unternehmer einen Anspruch auf Bauzeitverlängerung verschaffen, wenn er an der Leistungserbringung gehindert wird. Die Unterklausel 8.7 hat zudem eine haftungsbeschränkende Wirkung und wird daher in der Praxis durchaus begrüßt.
- Nach Unterklausel 20.1 muss der Unternehmer eventuelle Ansprüche innerhalb von 28 Tagen anmelden. Versäumt er dies, entfällt sein Anspruch. Auf den ersten Blick verkürzt das Fristenregime die Verjährungsfrist. Auf den zweiten Blick ist das falsch. Zunächst handelt es sich zumindest bei den im Vertrag selbst angelegten Ansprüchen auf Zahlung von Kosten und Gewinn sowie auf Bauzeitverlängerung um vertraglich generierte Ansprüche. Das Vertragswerk begreift aber solche Regelungen nicht als Anspruchsschaffung im Sinne des § 194 BGB. Erst wenn der angemeldete Anspruch im Prüfungsverfahren nach Unterklausel 20.1 bestätigt wird und der vertraglich eingesetzte Engineer den Anspruch gemäß Unterklausel 3.5 bestätigt, erstarkt die Rechtsbehauptung zum Recht oder Anspruch. Der Sinn der Verfahrensregelungen liegt darin, die zumeist komplexen Ansprüche möglichst frühzeitig einer Prüfung zu unterziehen und Klarheit zu gewinnen. Der Bauherr soll stets wissen, ob er seinen finanziellen Spielraum erhöhen muss und wann das Bauvorhaben fertig gestellt wird. Die Anzeigefristen dienen zudem dem Zweck, die Baubeteiligten frühzeitig über Probleme aufzuklären, damit jene Gegenmaßnahmen einleiten können, etwa durch Planungsänderungen. Es sei angemerkt, dass die gegenwärtige deutsche Praxis regelmäßig dazu führt, dass sich der Bauunternehmer seine Ansprüche bis zur Schlussrechnungslegung vorbehält, um sie erst dann geltend zu machen. Kostenreduzierendes Eingreifen, rechtzeitige finanzielle Vorkehrungen für die Bezahlung des Endpreises und Rechtssicherheit bleiben auf der Strecke.
- Die Abnahme ist kein FIDIC-Konzept. Sie erfolgt im Grunde erst – als Regellösung – ein Jahr nach der Fertigstellung. Das erfüllt auf den ersten Blick den Tatbestand des unangemessenen Hinausschiebens der Abnahme und Schlusszahlung⁶⁵. Auf den zweiten Blick ist das falsch. Der Unternehmer erbringt vertragsgemäß zwischen Fertigstellung (Taking-Over) und Abnahme (Performance Certificate) eine zusätzliche Hauptpflicht. Nach Fertigstellung wird die 1. Schlussrechnung gelegt. Die Gefahr geht im Prinzip auf den Besteller über. Allerdings verpflichtet sich der Unternehmer, alle Mängel zu beseitigen, die bei Taking-Over noch vorhanden sind oder während der vertraglich vereinbarten Mängelbeseitigungsperiode auftreten, auch wenn sie ihm nicht zuzurechnen sind. Sind sie ihm nicht zuzurechnen, erhält er dafür eine zusätzliche Vergütung. Erst die Erteilung des Performance Certificate führt den Beweis, dass alle vertraglichen Hauptpflichten erfüllt sind. Es schließt sich die gesetzliche Mangelhaftung an. Letztendlich handelt es sich also – zumal wenn man Unterklausel 11.1 genau liest – um eine Art Unterhaltungsverpflichtung, die zusätzlich zur Herstellungsverpflichtung übernommen wird. Die Rechte des Unternehmers werden aber durchaus gewahrt. Die Gefahr ist übergegangen, der Leistungsstand ist bezahlt, ein Teil der Einbehalte ist ausbezahlt.

⁶⁵ Vgl. BGHZ 107, 75; BGHZ 131, 92; BGH NJW 1997, 394.

- Der Engineer, der nach dem FIDIC Red Book und dem FIDIC Yellow Book sowie unter anderem Namen auch nach dem FIDIC Gold Book benannt wird, um wesentliche Befugnisse auszuüben⁶⁶, wird einseitig vom Besteller beauftragt und bezahlt. Es könnte also angenommen werden, dass über den Engineer quasi auf Auftraggeberweisung Zahlungen vereitelt werden können oder unzulässig in den Vertrag eingegriffen werden kann. Auch das ist falsch, weil zu unterstellen ist, dass der Engineer streng an den Vertrag gebunden ist. Unternehmer und Besteller vereinbaren, dass der Engineer seine Befugnisse aus dem Vertrag vertragsgemäß ausüben soll und muss. Damit ist auch zu unterstellen, dass der Geist des Auftrages an den Engineer, den der Besteller diesem erteilt, definiert ist. Der Engineer nimmt folglich keine Vertreterrolle war, sondern er verfügt qua Vereinbarung im Bauvertrag über bestimmte Befugnisse, die er vertragsgebunden ausüben muss und soll.
- Unterklausel 14.2 FIDIC-Bedingungen sieht zwingend die Legung einer Vertragserfüllungssicherheit vor. Dabei handelt es sich im internationalen Geschäft typischerweise häufig um eine Garantie auf erstes Anfordern. Das ist angesichts des Auslandsbezuges im Lichte der internationalen Praxis zu würdigen.
- Annex F der FIDIC Books empfiehlt die Ablösung von Sicherheitseinbehalten gegen Stellung einer auf Anfordern zahlbaren Bankgarantie, die auf den ersten Blick gegen AGB-Recht verstößt⁶⁷. Insoweit wird zu bedenken sein, dass nach FIDIC alle Sicherheitseinbehalte auszuzahlen sind, sobald das Performance Certificate erteilt wurde. Die gesetzliche Mängelgewährleistungsperiode wird nicht besichert. Vielmehr ist der Unternehmer bis zur Erteilung des Performance Certificate noch vorleistungspflichtig.

4. Öffentliche Vergabeverfahren

Schrifttum

Agdag-Güney, Das neue türkische Vergabegesetz im Lichte der europäischen Vergaberichtlinien, RIW 2003, 519; Bowsher, EC Procurement Law and Change during the Tender or the Contract, ICLR 2003, 154; Bultmann, Beschaffungsfremde Kriterien: Zur neuen Formel des Europäischen Gerichtshofes, ZfBR 2004, 134; Kullack/Terner, EU-Legislativpaket: Die neue klassische Vergabekoordinierungsrichtlinie, 1. Teil, ZfBR 2004, 244; Kullack/Terner, EU-Legislativpaket: Die neue klassische Vergabekoordinierungsrichtlinie, 2. Teil, ZfBR 2004, 346

Bauaufträge werden in der Regel ausgeschrieben. Es überwiegen die offene und die beschränkte Ausschreibung. Lokale Besonderheiten und Gewohnheiten sind nicht unüblich. In den USA wird z.B. zunächst eine Machbarkeitsstudie ausgeschrieben⁶⁸. Kommt eine positive Beurteilung heraus, folgt die Überprüfung der Ergebnisse durch ein zweites Ingenieurbüro. Erst anschließend wird das Vorhaben als solches ausgeschrieben. Dies gilt vor allem für öffentliche Bauaufträge⁶⁹. Damit auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens ein echter Wettbewerb entsteht, ist es nach Auffassung der Europäischen Kommission erforderlich, dass die beabsichtigten Auftragsvergaben der öffentlichen Auftraggeber der Mitgliedstaaten in der gesamten Gemeinschaft bekannt gemacht werden. Die in diesen Bekanntmachungen enthaltenen Angaben sollten es den in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmen ermöglichen zu beurteilen, ob die vorgesehenen Aufträge für sie

17

⁶⁶ Er soll Zahlungsbescheinigungen ausstellen, Leistungsstände bescheinigen, über Ansprüche „entscheiden“, den Vertrag auslegen, etc.

⁶⁷ Vgl. BGHZ 136, 27; BGH NJW 2002, 894; BGH NJW-RR 2007, 1625; BGH WM 2009, 1643.

⁶⁸ Vgl. Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, 144.

⁶⁹ Zu den Vor- und Nachteilen einer solchen Vorgehensweise vgl. Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, 145 f.

von Interesse sind, und sie zu diesem Zweck über die zu erbringenden Bauleistungen und die damit verbundenen Bedingungen ausreichend informieren. Bei den nicht offenen Verfahren sollte die Bekanntmachung es den Unternehmen der Mitgliedstaaten insbesondere ermöglichen, ihr Interesse an den Aufträgen dadurch zu bekunden, dass sie sich bei den öffentlichen Auftraggebern um eine Aufforderung bewerben, unter den vorgeschriebenen Bedingungen ein Angebot einzureichen.

- 18 Für die aus dem von der Europäischen Kommission verwalteten Europäischen Entwicklungsfonds (EEF) finanzierten Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge legt der Beschluss Nr. 3/90 des AKP-EWG-Ministerrats vom 29. März 1990 betreffend die Genehmigung und Anwendung der allgemeinen Vorschriften, der allgemeinen Bedingungen sowie der Schlichtungs- und Schiedsordnung für vom Europäischen Entwicklungsfonds (EEF) finanzierte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge fest⁷⁰. Die Allgemeinen Bedingungen für die Ausführung der vom EEF finanzierten Liefer- und Dienstleistungsaufträge sehen vor, dass für die Aufträge das Recht des Staates des Auftraggebers gilt, sofern in den Besonderen Bestimmungen nichts anderes vorgesehen ist. Auf alle Angelegenheiten, die nicht unter die vorliegenden Allgemeinen Bedingungen fallen, findet das Recht des Auftrags Anwendung. Die Schlichtungs- und Schiedsgerichtsordnung enthält Kollisionsregeln.
- 19 Glavinis meint, dass der öffentliche Auftraggeber aufgrund seiner Vergabemacht jeweils seine örtlichen Vergabevorschriften anwendet. Nur auf dieser Grundlage könnten die Anbieter prüfen lassen, ob die Vergabe regulär erfolgte. Hieraus folgert Glavinis, dass das öffentliche Recht des Auftraggebers über die vorvertraglichen Beziehungen der Bieter zum Vergabestaat entscheidet⁷¹. Das anwendbare Recht müsse ggf. an die Europäischen Vergabevorschriften oder an Finanzierungsverträge angepasst sein⁷².
- 20 Die deutsche öffentliche Hand ist an die **Richtlinie 2005/36/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen⁷³, die **Richtlinie 2004/18/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge⁷⁴ (VKR), die **Richtlinie 2004/17/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste⁷⁵ (SKR), die **Verordnung (EG) Nr. 2195/2002** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV)⁷⁶ sowie die Richtlinie für die Verwendung von Standardformularen für die Bekanntmachung von öffentlichen Aufträgen **EG Nr. 78/2001** vom 13. September 2001⁷⁷ gebunden. Die VKR trat am 30. April 2004 in Kraft und musste bis zum 31. Januar 2006 umgesetzt werden. Die SKR trat ebenfalls am 30. April 2004 in Kraft und musste bis zum 31. Januar 2006 umgesetzt werden. Dieses Gesetzgebungspaket ist das Ergebnis einer breit angelegten Sondierung bei öf-

⁷⁰ ABI Nr. L 382 v. 31.12.1990, I ff.

⁷¹ Glavinis, *Le contrat international de construction*, Rn. 633.

⁷² Glavinis, *Le contrat international de construction*, Rn. 633.

⁷³ ABI 2005, Nr. L 134, 131 ff., zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) der Kommission vom 5.12.2007, ABI. Nr. L 320, 311.

⁷⁴ ABI 2004 Nr. L 134/114.

⁷⁵ ABI 2004 Nr. L 134, I.

⁷⁶ ABI 2002 Nr. L 340 vom 16/12/2002, I–562, in Kraft seit dem 16.12.2003.

⁷⁷ ABI 2001 Nr. L 285.

fentlichen Auftraggebern und Unternehmen. Es verfolgte zwei Hauptziele: Zum einen ging es darum, die bisherigen geltenden Richtlinien zu vereinfachen, zum anderen, die Vorschriften an die Bedürfnisse einer modernen Verwaltung anzupassen, beispielsweise durch Erleichterung der elektronischen Abwicklung von Vergabeverfahren sowie, bei komplexen Aufträgen, durch Erweiterung der Dialogmöglichkeiten zwischen Vergabebehörden und Bietern zwecks Bestimmung der Auftragsbedingungen. Um mehr Transparenz im Vergabeverfahren zu erreichen und Korruption und organisierte Kriminalität zu bekämpfen, enthält das Gesetzgebungspaket auch Elemente, die mehr Klarheit bei den Kriterien für die Zuschlagserteilung und die Auswahl der Bieter bringen sollen. Die Richtlinien verbieten den Mitgliedstaaten bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge eine Ungleichbehandlung von Unternehmern aus EU-Staaten⁷⁸.

Wie vorstehend ausgeführt ist die grenzüberschreitende Vergabe von Bauleistungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens Gegenstand einer Reihe europäischer Harmonisierungsvorschriften. Doch beschränken sie sich inhaltlich im Wesentlichen auf die Regelung von Schwellenwerten für die europaweite Ausschreibung. Das Vergabeverfahren regelt die Vorschriften nur rudimentär. Die Umsetzung und Ausgestaltung des Vergaberechts bleibt den Mitgliedstaaten vorbehalten. Soweit keine europäischen Bestimmungen existieren oder Geltung beanspruchen, kann das Vergabeverfahren national geregelt werden, wenn auch nur in den Schranken der EU-Grundfreiheiten⁷⁹. Hierzu gehört es auch, keine Maßnahmen zu ergreifen, die den Marktzugang ausländischer Marktteilnehmer erschweren⁸⁰ und/oder Leistungen solcher Anbieter weniger attraktiv zu machen⁸¹. Die Vergabe des Auftrages selbst erfolgt auf der Grundlage nationaler Vorschriften. In Deutschland sind vor allem die Vergabeverordnung (VgV)⁸², die Vorschriften des GWB und die Regelungen der VOB/A von Bedeutung. In Frankreich erfolgt die Vergabe nach dem Code des Marchés Publics (CMP)⁸³. Die nationalen Regelungen zur **Abwicklung öffentlicher Aufträge** sind bislang nicht harmonisiert. Die VOB/A wie auch die VOB/B enthalten keine besonderen Vorschriften für die grenzüberschreitende Vergabe von Bauleistungen.

Es fragt sich daher, welches Recht auf die Vergabephase sowie auf öffentlich auszusprechende Aufträge anzuwenden ist. Die Beteiligung einer staatlichen Stelle soll ein starkes Indiz für die Anwendung des Rechts darstellen, auf dessen Grundlage sie normalerweise tätig wird⁸⁴. Die deutsche Rechtsprechung folgert zudem aus dem Umstand, dass ein Bauvertrag die VOB/B einbezieht, dass der Vertrag dem deutschen Recht unterliegt⁸⁵. Mithin könnte man mit Rücksicht auf die Reichweite des Vertragsstatuts schlussfolgern, dass Bauaufträge der (deutschen) öffentlichen Hand praktisch zwangsläufig ausschließlich nach deutschem Recht abgewickelt werden, es sei denn die Aus-

⁷⁸ Portz, NJW 1993, 2145, 2146.

⁷⁹ Vgl. EuGH Rs C-225/98 (Kommission ./ Frankreich), Slg. 2000, I-7445 (zu kurze Fristbemessung bei der Vergabe).

⁸⁰ Streinz/Müller-Graff, EGV, Art. 49 Rn. 88.

⁸¹ Streinz/Müller-Graff, EGV, Art. 49 Rn. 87.

⁸² Vergabeverordnung (VGV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.2.2003 (BGBl. I, 169), zuletzt geändert durch Art. 2 der Verordnung vom 23.9.2009 (BGBl. I, 3110).

⁸³ Vgl. § 36 152 ff.

⁸⁴ OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 182, 183; OLG Köln RIW 1993, 415; LG Hamburg RIW 1977, 747; Looschelders, IPR, Art. 28 Rn. 17 (zu Art. 28 Abs. 5 EGBGB).

⁸⁵ BGHZ 104, 268, 270; BGH, Urt. 05.05.1988 – VII ZR 119/87 zitiert nach Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rn. 84; OLG Köln IPRspr 1993 Nr. 133; vgl. auch Nicklisch IPRax 1987, 286, 287; Thode ZfBR 1989, 43, 45.

21

22

schreibungsbedingungen sehen etwas anderes vor. Über Art. 31 Abs. 1 EGBGB a.F. und Art. 10 Abs. 1 Rom I käme man dann auch für die vorvertragliche Phase zum deutschen Recht. Dies verträgt sich nicht ohne weiteres mit Art. 28 Abs. 2 EGBGB a.F. und den Regelungen in Art. 4 Rom I, die deutlich entweder eine Vermutung zugunsten des Rechtes am Sitz des (ausländischen) Unternehmers (EGBGB a.F.) oder eine ausdrückliche Verweisung auf eben dieses Recht enthalten (Art. 4 Abs. 1 Rom I). Auch enthält die VOB/B keinen ausdrücklichen Hinweis auf das deutsche Recht. Warum aber sollte der ausländische Bieter davon ausgehen müssen, sich im Zweifel dem Recht der ausschreibenden Stelle zu unterwerfen, wo er doch mangels gegenteiliger Vereinbarung auf Art. 28 Abs. 2 EGBGB bzw. auf Art. 4 Rom I verweisen kann?

- 23 Zunächst einmal dürfte davon auszugehen sein, dass es nicht gegen EU-Recht verstößt, wenn auf inländische Bauvorhaben der öffentlichen Hand mehr oder weniger zwangsläufig deutsches Recht zur Anwendung kommt, denn hierin kann keine spezifische Beschränkung der Ausfuhrströme gesehen werden⁸⁶. Andererseits existiert kein Rechtssatz des Inhalts, dass ein staatlicher Auftraggeber Anspruch auf die Geltung seines Heimatrechtes besitzt. Es kann daher lediglich über Art. 27 Abs. 1 2. Alt. oder Art. 28 Abs. 5 EGBGB a.F. bzw. über Art. 3 Abs. 1 S. 2 2. Alt., Art. 4 Abs. 3 Rom I die Anwendung deutschen Rechts hergeleitet werden, wenn die Ausschreibungsbedingungen keine ausdrückliche Wahl des deutschen Rechts vorsehen. Nach der hier vertretenen Ansicht zur Maßgeblichkeit des Baustellenrechts käme man zwar ohnehin zur Anwendung inländischen Rechts (Art. 28 Abs. 5 EGBGB und Art. 4 Abs. 3 Rom I), so dass weitere Überlegungen nicht anzustellen wären. Folgt man jedoch der h.M. in Deutschland, spräche viel für die Anwendbarkeit ausländischen Rechts, es sei denn die Vermutung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB a.F. könnte widerlegt werden oder es läge ein Fall von Art. 4 Abs. 3 Rom I vor. Nur bei hinreichender Indizienlage zugunsten der inländischen ausschreibenden Stelle käme man dann zur Anwendung deutschen Rechts (Art. 28 Abs. 5 EGBGB bzw. Art. 4 Abs. 3 Rom I). Die öffentliche Hand besser oder anders zu behandeln als private Auftraggeber ist aber m.E. nicht vertretbar, denn auch das IPR ist nicht wertneutral; außerdem unterfällt es vermöge Art. 65 EGV der Brüsseler Regelungskompetenz. An den inländischen Sitz einer Behörde anzuknüpfen, ist daher Lichte der verbotenen Ausländerdiskriminierung bedenklich. Allein Art. 3 Abs. 1 Rom I (früher: Art. 27 Abs. 1 EGBGB a.F.) kann daher der öffentlichen Hand helfen, doch muss dann der Wille, deutsches Recht vereinbaren zu wollen, mit hinreichender Sicherheit feststellbar sein (altes Recht) oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrages oder den Umständen des Falles ergeben (Art. 3 Abs. 1 Rom I).
- 24 Praktisch bedeutsam wird die hier diskutierte Frage vor allem dann, wenn ein Bieter erfolglos aus dem Verfahren ausscheidet und wenn Nachaufträge vergeben werden sollen und/oder müssen.

Die erste Variante führt zu dem Problem, nach welchem Recht ggf. Schadensersatzansprüche wegen unklarer Leistungsbeschreibung in der Ausschreibung entstanden sein können⁸⁷. Die h.M. in Deutschland qualifizierte bislang Ansprüche aus c.i.c. nach dem präsumtiven Vertragsstatut⁸⁸. Hieran hat sich wegen Art. 12 Rom II nicht wirklich etwas geändert. Bei Vergaberechtsfällen mit Auslandsbezug kann letztlich wie folgt vorgegangen werden:

⁸⁶ Vgl. dazu Streinz/Schroeder, EGV, Art. 29 Rn. 4.

⁸⁷ Vgl. zum deutschen Recht Ingenstau/Korbion/Vygen, VOB, Einl. Rn. 53.

⁸⁸ BGH NJW 1987, 1141; LG Braunschweig IPRax 2002, 213, 215.

- Das Vergaberecht ist **Verwaltungsverfahrensrecht**, so dass der Staat stets an sein eigenes Vergaberecht gebunden ist, es sei denn es erfolgt eine exterritoriale Vergabe durch ausländische Stellen.
- Mängel im Vergabeverfahren sind staatlicherseits zu beachten, denn der Staat ist an Recht und Gesetz gebunden.
- Ob solche Fehler auf den auf privatrechtlicher Ebene geschlossenen Vertrag durchschlagen, muss das Privatrecht entscheiden. Folglich muss auf das Vertragsstatut abgestellt werden, um die Wirksamkeit des Vertrages zu beurteilen. Nur dieses kann beurteilen, ob es einen gegen ein gesetzliches Verbot zustande gekommenen Vertrag aufrechterhalten will oder nicht.
- Ansprüche, die aus einem vorvertraglichen Rechtsverhältnis beruhen, oder außervertragliche Ansprüche sind über die Verordnung Rom II anzuknüpfen. Ansprüche aus culpa in contrahendo unterliegen dem präsumtiven Vertragsstatut (Art. 12 Rom II). Ansprüche aus § 126 GWB unterliegen dem Recht des Staates, dessen Markt beeinträchtigt ist (Art. 6 Rom II).

Die zweite Variante ist vor allem europarechtlich von Bedeutung. Der EuGH⁸⁹ macht die Frage danach, ob ein Nachauftrag neu auszuschreiben ist, von den Einzelumständen abhängig. Handelt es sich um eine geringfügige Änderung des Auftragsgegenstandes und lässt es sich bei einem Verhandlungsverfahren, das sich seinem Wesen nach über einen längeren Zeitraum hinziehen kann, nicht ausschließen, dass die Parteien im Laufe der Verhandlungen eintretende neue technologische Entwicklungen berücksichtigen, ohne dass darin jedes Mal eine Neuverhandlung wesentlicher Vertragsbestimmungen gesehen werden könnte, kann es sich um ein und das selbe Vergabeverfahren handeln.

Bei Bauaufträgen muss gemäß § 10a VOB/A die Aufforderung zur Angebotsabgabe die maßgebenden Wertungskriterien, d.h. neben technischem Wert und Wirtschaftlichkeit (Angebotspreis, Unterhaltungs- und Betriebskosten) besondere Kriterien, auf die der Auftraggeber im Einzelfall Wert legt, z.B. gestalterische und funktionsbedingte Gesichtspunkte, Nutzungsdauer und Ausführungsfrist, diese Angaben möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung enthalten. Ferner ist anzugeben, dass die Angebote in deutscher Sprache abzufassen sind.

25

Die Bestimmung zur Angebotssprache ist ein Hinweis für Unternehmer aus dem nicht deutschsprachigen Bereich der übrigen EU-Länder. Dies ist erforderlich, um eine ordnungsgemäße Handhabung im Bereich der öffentlichen Bauvergabe zu gewährleisten⁹⁰. Von den nicht deutschsprachigen Unternehmern wird damit verlangt, dass sie sich vor Angebotsabgabe darum bemühen, die erforderlichen baubetrieblichen, bautechnischen und auch baurechtlichen Begriffe nach deutschem Verständnis zu erlernen.

26

§§ 10a Abs. 1 und 10 b Abs. 1 VOB/A schreiben vor, dass bei Bauaufträgen i.S. von § 1 b VOB/A das Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) außer den Angaben nach § 10 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A Folgendes enthalten muss:

27

- die maßgebenden Wertungskriterien i.S. von § 25 Nr. 3, d.h. neben technischem Wert und Wirtschaftlichkeit (Angebotspreis, Unterhaltungs- und Betriebskosten) besondere Kriterien, auf die der Auftraggeber im Einzelfall Wert legt, z.B. gestalteri-

⁸⁹ EuGH Rs. 337/98 (Kommission ./ Frankreich) Slg. 2000 I-8377, vgl. dazu auch Bowsher ICLR 2003, 154, 161.

⁹⁰ Ingenstau/Korbion, VOB/A, § 10 a Rn. 3.

sche und funktionsbedingte Gesichtspunkte, Nutzungsdauer und Ausführungsfrist, diese Angaben möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung, sofern nicht in der Bekanntmachung angegeben (§ 17 a Nr. 2 bis 4 VOB/A),

- die Angabe, dass die Angebote in deutscher Sprache abzufassen sind,
- den Hinweis auf die Veröffentlichung der Bekanntmachung.

II. Wirksamkeit des Bauvertrages

Schrifttum

Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Köln 1998; Looschelders, IPR, Heidelberg 2003

- 28** Die Wirksamkeit eines Bauvertrages entscheidet sich nach dem präsumtiven Vertragsstatut (Art. 31 Abs. 1 EGBGB a.F., Art. 10 Abs. 1 Rom I).

Beispiel aus dem englischen Recht (privity-Grundsatz): Kommt zwischen Bauherr und Bauunternehmer ein Vertrag zustande, sehen diese Verträge häufig Klauseln vor, wonach weder der Generalunternehmer noch der Subunternehmer noch ihre Mitarbeiter und Bevollmächtigten für Baumängel haftbar sein sollen. In einem solchen Fall, fußend auf den Standardbedingungen des Institute of Mechanical Engineers/Institute of Electrical Engineers Model Contract Form A, die vorsahen, dass der Generalunternehmer für sich selbst und als „trustee“ seiner Subunternehmer den Vertrag schloss, wurde entschieden, dass sich der Subunternehmer auf den Haftungsausschluss berufen konnte⁹¹. In einem solchen Fall entscheidet das Vertragsstatut des Vertrages zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer über die Einbeziehung von Klauseln aus dem Hauptvertrag in den Subunternehmervertrag.

- 29** Nach Art. 31 Abs. 1 EGBGB und Art. 10 Abs. 1 Rom I entscheidet das Vertragsstatut auch über verbraucherschützende Widerrufsrechte, die Folgen von Bedingungen und Befristungen, Sitten- und Gesetzwidrigkeit, die Teilunwirksamkeit von Verträgen⁹². Die eigentliche Schwierigkeit liegt nicht darin, das anwendbare Recht zu finden, sondern dessen Inhalte.
- 30** Ergibt sich jedoch aus den Umständen, dass es nicht gerechtfertigt wäre, die Wirkung des Verhaltens einer Partei nach dem Vertragsstatut zu bestimmen, so kann sich diese Partei für die Behauptung, sie habe dem Vertrag nicht zugestimmt, auf das Recht des Staates ihres gewöhnlichen Aufenthaltsortes berufen (Art. 31 Abs. 2 EGBGB a.F., Art. 10 Abs. 1 Rom I). Hier geht es vor allem darum, ob einer Partei ihr Schweigen als Willenserklärung zugerechnet werden kann⁹³. Die Vorschrift schützt die sog. negative Vertragsfreiheit. Zu diesem Zweck bringt sie das Umweltrecht der betroffenen Partei zur Geltung. Art. 31 Abs. 2 EGBGB ist nur anwendbar, wenn das Vertragsstatut und das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort der betroffenen Partei auseinander fallen und das Vertragsstatut das Zustandekommen des Vertrages bejaht, während das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort von der Unwirksamkeit ausgeht⁹⁴. Ob ggf. das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes heranzuziehen ist, entscheidet sich nach den Ge-

⁹¹ Southern Water Authority v. Carey [1985] 2 All. E.R. 1077; vgl. auch The Pioneer Container [1994] 2 All. E.R. 250; Clark, Contract Law in Ireland, 161.

⁹² Looschelders, IPR, Art. 31 Rn. 6; zum europäischen Verbraucherschutzrecht siehe Kohl, Towards a European Consumer Construction Law, ICLR 2010, 211 ff.

⁹³ Looschelders, IPR, Art. 31 Rn. 14.

⁹⁴ Looschelders, IPR, Art. 31 Rn. 15.

samtumständen. Kannte die betroffene Partei die beanstandete Wirkung des Vertragsstatutes und wollte sie sie eventuell sogar herbeiführen, greifen Art. 31 Abs. 2 EGBGB a.F. und Art. 10 Abs. 2 Rom I nicht ein⁹⁵.

III. Inhalt des Bauvertrages

Schrifttum

Fontaine/Dely, *Droit des contrats internationaux*, Brüssel 2003; Kohl, *Towards a European Consumer Construction law*, ICLR 2010, 211; Lando, *Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts*, *RabelsZ* 67 (2003), 231; Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris 1972; Hubert, *Le contrat d'ingénierie-conseil*, 2. Auflage, Paris 1984; Bunni, *The FIDIC Form of Contract*, 3. Auflage, London 2006

1. Zwingendes Recht. Der Inhalt des Bauvertrages richtet sich nach dem anwendbaren Vertragsstatut. Allerdings können sich sog. „lois de police“ oder Regeln „d'application immédiate“ in das Vertragsstatut schieben. Solche Regeln können u.a. im Wettbewerbsrecht, im Mietrecht und im Arbeitsrecht enthalten sein, das am Gerichtsort gilt⁹⁶. Gelegentlich muss aber auch zwingendes Baurecht angewendet werden. Der englische HGCRA ist ein solches Beispiel. Die dort geregelten zwingenden Inhalte des Bauvertrages sind auf in England belegene Vorhaben immer anzuwenden⁹⁷. Ähnliches dürfte z.B. für die sog. *Décennale* des belgischen⁹⁸ und des französischen⁹⁹ Rechts gelten, neuerdings auch für die ähnliche Regelung in Spanien¹⁰⁰. Ein weiteres Beispiel aus der Rechtsprechung sind die französischen Ansprüche der Subunternehmer gegen den Bauherrn aus dem Gesetz Nr. 1334/1975¹⁰¹.

31

Die Inhalte des Bauvertrages werden rechtsvergleichend unterschiedlich aufgefüllt. In den Ländern, in denen das Bauvertragsrecht kodifiziert ist, finden ergänzend die auf den jeweiligen Vertragstyp anzuwendenden zwingenden und dispositiven Vorschriften Anwendung. Es muss also zunächst der jeweilige Charakter des Vertrages bestimmt werden, um den ergänzenden Vertragsinhalt zu ermitteln. In den Ländern, in denen es keine Kodifikation gibt, z.B. in Südafrika oder England, muss unterschieden werden. Handelt es sich um ein Civil Law Land (Südafrika) ist wiederum zunächst das Vertragsverhältnis zu qualifizieren und sodann das der Natur des Vertrages entsprechende ergänzende Recht (in Südafrika das gemeine römische Recht) heranzuziehen. In England verhält es sich partiell ähnlich. Allerdings ist in England die Bestimmung der Vertragsnatur entbehrlich. Es findet das allgemeine Vertragsrecht des Common Law Anwendung. Dieses wiederum erlaubt den Gerichten die Annahme von impliziten Vertragsbestimmungen (*implied terms*). Viele Rechtsordnungen enthalten ergänzende Verweisungen auf Sekundärrecht, wie zum Beispiel auf Sitten und Gebräuche (§§ 157, 242 BGB) oder die Grundsätze des islamischen Rechts (vgl. Art. 1 Code Civil Ägypten). Solche Öffnungsklauseln enthalten eine Ermächtigung der Gerichte zur Rechtsfeststellung oder Rechtsfortbildung¹⁰². Das Richterrecht sollte daher nicht vernachlässigt werden, wenngleich es oftmals sehr schwer festzustellen ist. Der ägyptische Code

⁹⁵ Looschelders, IPR, Art. 31 Rn. 16.

⁹⁶ Mayer/Heuzé, *Droit international privé*, Rn. 741.

⁹⁷ Britton ICLR 2003, 381, 396; Chitty on Contract, Rn. 37-006.

⁹⁸ Vgl. § 34 61 ff.

⁹⁹ Vgl. § 36 84 ff.

¹⁰⁰ Vgl. § 45 7.

¹⁰¹ Vgl. dazu *Hök ZfBR* 2008, 741, 752.

¹⁰² Vgl. Shalakany, *Between Identity and Redistribution: Sanhoury, Genealogy and the Will to Islamise*, *Islamic Law and Society Journal* 8 (2001), 201 ff.

Civil ermächtigt die Gerichte einen Vertrag zu ergänzen, wenn sich die Parteien zwar über alle essentialia negotii geeinigt haben, nicht jedoch über bestimmte Details, die sie einer späteren Einigung vorbehalten haben. In einem solchen Fall bestimmt Art. 95 Code Civil, dass der Vertrag als wirksam anzusehen ist und dass die Gerichte den Inhalt im Falle einer Streitigkeit im Einklang mit der Natur der Angelegenheit, den gesetzlichen Regelungen, der Bräuche und der Gerechtigkeit festlegen.

Es dürfen jedoch aus der Zugehörigkeit einer Rechtsordnung zu einer Rechtsfamilie (Common Law oder Civil Law) keine vorschnellen Schlussfolgerungen gezogen werden. Das Recht eines Common Law Staates kann ausdrücklich anordnen, dass im Falle fehlender anders lautender vertraglicher Vereinbarung gesetzliche Regelungen Bestandteil des Vertrages sind, als seien sie ausdrücklich vereinbart worden¹⁰³. Trotzdem eine Entscheidung anders gedeutet werden könnte, wurde in dieser das Problem nicht diskutiert¹⁰⁴. Mit anderen Worten sind z.B. im US Staat Illinois Gesetze eine Quelle für implizite Vertragsklauseln¹⁰⁵. Wichtigste Quelle ist in Illinois z.B. der Uniform Commercial Code, so wie Common Law Lehren¹⁰⁶. Wie z.B. die Pflicht zu Treu und Glauben, die in Illinois in alle Verträge hineingelesen wird¹⁰⁷. Auf dieser Grundlage kann z.B. das Recht aufzurechnen, Vertragsbestandteil werden¹⁰⁸.

2. Auslegung des Vertrages

Schrifttum

Schröder, Auslegung und Rechtswahl, IPRax 1985, 131; Lando, The Interpretation of Contracts in the Conflict of Laws, ReabelsZ 1974, 388; Lorenz, Die Auslegung schlüssiger und ausdrücklicher Rechtswahlerklärungen im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW 1992, 697; Seppälä, The development of a case law in Construction disputes relating to FIDIC Contracts, ICLR 2009, 105

- 32 Nach Art. 32 EGBGB a.F. und Art. 12 Abs. 1 (a) Rom I ist das Vertragsstatut für die Auslegung des Vertrages maßgebend. Diese lapidare Feststellung ist allerdings wenig hilfreich, denn häufig geht es gerade darum, das anwendbare Recht zu ermitteln. In aller Regel rekurren alle Rechtsordnungen zunächst auf den klaren Wortlaut des Vertrages. Schwierigkeiten bereitet die Feststellung des Vertragsinhaltes, wenn der Vertrag zweideutig ist oder gänzlich in Bezug auf eine Problemstellung schweigt. Die englische Rechtsprechung hat bei Zweifeln über die Existenz einer Rechtswahlklausel ursprünglich stets englische Auslegungsregeln herangezogen¹⁰⁹. Im Übrigen wurden die Auslegungsregeln des Vertragsstatuts angewendet¹¹⁰. Seit Inkrafttreten des EVÜ und der Verordnung Rom I scheint sich in England in Bezug auf Rechtswahlklauseln eine Auslegung im Rahmen der gesetzlichen Regelungen ohne Rückgriff auf nationales Recht anzubahnen¹¹¹.

¹⁰³ McMahon v. Chicago Mercantile Exchange, 221 Ill.App.3d 935, 164 Ill.Dec. 369, 375, 582 N.E.2d 1313, 1319 (1991) zu Illinois (USA); siehe auch S & D Service, Inc. v. 915, 925 W. Schubert Condominium Ass'n, 132 Ill.App.3d 1019, 88 Ill.Dec. 163, 168, 478 N.E.2d 478, 483 (1985); Merrill Tenant Council v. U.S. Department of Housing & Urban Development, 638 F.2d 1086, 1089–90, 1092 (7th Cir.1981).

¹⁰⁴ Siehe Washburn v. Societe Commerciale de Reassurance, 831 F.2d 149, 152 (7th Cir.1987).

¹⁰⁵ Washburn v. Societe Commerciale de Reassurance, 831 F.2d 149, 152 (7th Cir.1987).

¹⁰⁶ Nevin v. Pullman Palace Car Co., 106 Ill. 222, 233 (1883).

¹⁰⁷ P.A. Bergner & Co. v. Lloyds Jewelers, Inc., 112 Ill.2d 196, 97 Ill.Dec. 415, 418, 492 N.E.2d 1288, 1291 (1986); Scherer v. Rockwell Int'l Corp., 975 F.2d 356, 360 (7th Cir.1992).

¹⁰⁸ Stephen F. Selcke v. New England Insurance Company 995 F.2d 688.

¹⁰⁹ Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A. [1971] A.C. 572, 603.

¹¹⁰ Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. [1939] A.C. 277.

¹¹¹ Egon Oldenhoff v. Libera Corporation (No. 2) [1996] 1 Lloyd's Report 380, 387; Dicey & Morris, Conflict of Laws, Rn. 32-078.

a. Verfahrenstechnische Einflüsse. Man muss in Bezug auf die Problemstellung zunächst davon ausgehen, dass es einen Unterschied macht, ob die Feststellung des Vertragsinhalts in einem Mediationsverfahren, einem Schiedsverfahren oder einem justizförmigen Verfahren streitig ist. Während die Methodik im Mediationsverfahren abhängig von der kulturellen und juristischen Prägung des Mediators ist und die Parteien aufgrund des Konsensprinzips großen Einfluss auf die Ergebnisse der Mediation haben, lässt dieser Einfluss im Schiedsverfahren schon spürbar nach. Im Schiedsverfahren dominiert der Grundsatz „pacta sunt servanda“, d.h. die Schiedsgerichte neigen erkennbar dazu, den Buchstaben des Vertragswortlautes ernst zu nehmen und Gerechtigkeitswägungen zurück zu stellen¹¹². Andererseits führt der Umstand, dass Schiedssprüche in der Regel nicht überprüfbar sind, dazu, dass die Schiedsgerichte im Rahmen der Auslegung einen weiten Ermessensspielraum nutzen¹¹³. Wird in ordentlichen Gerichtsverfahren streitig über den Vertragsinhalt diskutiert, muss man sich vergegenwärtigen, dass es ganz unterschiedliche Konzepte für die Feststellung von Vertragsinhalten gibt. Während in einigen Rechtsordnungen nach dem gemeinsamen Willen der Parteien gesucht wird (subjektive Theorie), überwiegt in anderen Rechtsordnungen die Feststellung des Vertragsinhaltes anhand des unstreitigen Vertragsinhaltes (objektive Theorie)¹¹⁴. In die objektive Methode fließen allgemeine Prinzipien wie Treu und Glauben, die Regeln der Technik, die Handelsbräuche oder Industriestandards ein¹¹⁵. Der zu ermittelnde Wille der Partei ist Bestandteil der Abwägung, aber nicht mehr.

33

In den Ländern des „droit civil“ (z.B. Frankreich, Belgien, Italien) steht an erster Stelle die Vertragsfreiheit der Parteien. Der Vertragsinhalt orientiert sich grundsätzlich daran, was die Parteien bei Vertragsschluss gewollt haben. Andererseits fließen die klaren und präzisen Vertragsklauseln in die Auslegung mit ein und es werden ggf. auch implizite Vertragsinhalte berücksichtigt¹¹⁶. In Deutschland ist der Vertragsinhalt nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte festzustellen (§ 157 BGB). Der Grundsatz von Treu und Glauben ermöglicht Vertragsergänzungen und -korrekturen. Das englische Recht und australische Recht verbieten hingegen grundsätzlich Korrekturen¹¹⁷. Wenn der Wortlaut mehrdeutig ist, muss das Gericht ihnen Wirkung geben, auch wenn das Ergebnis kapriziös oder unangemessen erscheinen mag und gleichwohl gemutmaßt oder befürchtet werden muss, dass die Parteien etwas anderes beabsichtigten. Das Gericht hat keine Befugnis, den Vertrag neu herzustellen oder zu ergänzen, um ein Ergebnis zu vermeiden, das ungeeignet oder ungerecht erscheint. Andererseits, wenn die Sprache offen für zwei Auslegungen ist, wird die bevorzugt, die Konsequenzen vermeidet, die kapriziös, unangemessen, unpassend oder ungerecht erscheinen, obwohl die übernommene Auslegung nicht die offensichtlichste oder die grammatikalisch akkurate ist¹¹⁸.

34

b. Auslegungsgrundsätze. Das Vertragsstatut legt die Regeln fest, nach denen die Parteierklärungen oder ein Verhalten zu beurteilen sind¹¹⁹. Es bestimmt, ob eine Ver-

35

¹¹² Fontaine/Dely, Droit des contrats internationaux, 119.

¹¹³ Fontaine/Dely, Droit des contrats internationaux, 119.

¹¹⁴ Fontaine/Dely, Droit des contrats internationaux, 120.

¹¹⁵ Fontaine/Dely, Droit des contrats internationaux, 120.

¹¹⁶ Fontaine/Dely, Droit des contrats internationaux, 121.

¹¹⁷ Eden Construction Pty Ltd v. New South Wales (No 2) [2007] FCA 689 (9 May 2007).

¹¹⁸ Vgl. Locke v. Dunlop ((1888) 39 Ch D 387 at 393).

¹¹⁹ Looschelders, IPR, Art. 32 Rn. 6; Cass.civ. (F), 23.11.1892, S. 94.1.441; Battifol/Lagarde, Droit international privé, Rn. 604; Mayer/Heuzé, Droit international privé, Rn. 740; a.A. z.B. Lorenzen 31 Yale Law Journal 65; vgl. zum Problem auch Lando RabelsZ 1974, 388; Toubiana, Le domaine de la loi du contrat en droit international privé, Paris 1972, Rn. 92.

kehrssitte zu berücksichtigen ist und ob Handelsbräuche bestehen, die den Fall betreffen. Auch die Grundsätze einer ergänzenden Vertragsauslegung sind dem Vertragsstatut zu entnehmen¹²⁰. Bei der Vertragsauslegung soll zudem der internationale Bezug des Falles zu berücksichtigen sein¹²¹. Doch gibt diese Zusammenfassung kein vollständiges Bild von den Problemen, weil die einzelnen Fragen teilweise unterschiedlich gehandhabt werden und damit Situationen auftreten können, in denen der einfache Hinweis auf das Vertragsstatut nicht ausreicht.

- 36 Aus englischer bzw. angelsächsischer Sicht muss ein Vertrag nach dem auf ihn anwendbaren Recht zustande gekommen sein. Dabei ist es die Aufgabe des Gerichts, den Willen der Parteien festzustellen¹²². Aus dem Vertragsstatut ergibt sich, welche Handelsbräuche oder implizite Vertragsinhalte zu berücksichtigen sind und welche Bedeutung technische, gesetzliche oder gewerbliche Klauseln haben¹²³. Misst also das Vertragsstatut einem im Vertrag verwendeten Begriff eine besondere Bedeutung bei, sind die Parteien an die Bedeutung gebunden, die der Begriff im Vertragsstatut hat¹²⁴. Die Regel, wonach vor- und nachvertragliches Verhalten im englischen Recht unbeachtlich ist¹²⁵, wird nicht prozessual qualifiziert und mithin bei anwendbarem ausländischem Recht vor englischen Gerichten nicht beachtet¹²⁶. Andererseits kann es z.B. als Tatsachenfrage darauf ankommen, ob es am Erfüllungsort eine bestimmte im Vertrag verwendete Maßeinheit gibt oder nicht¹²⁷. Andererseits wird z.B. eine sog. construction clause gar nicht mehr anhand nationaler Regeln ausgelegt¹²⁸. In Bezug auf Bauverträge ist davon auszugehen, dass es einer sehr klaren Formulierung bedarf, um die gesetzlichen Rechte des Auftraggebers aus dem Bauvertrag zu beschränken oder auszuschließen¹²⁹. Bei der Auslegung von Verträgen beginnt man mit der Vermutung, dass keine der Parteien beabsichtigt, ihre gesetzlichen Ansprüche aus Vertragsverletzung aufzugeben. Klare Worte sind erforderlich, um diese Vermutung zu widerlegen¹³⁰.

- 37 **c. Praxis staatlicher Gerichte.** Üblicherweise gehen die Gerichte nicht ausschließlich von dem Wortlaut einer Klausel aus. Sie berücksichtigen vielmehr, was die Parteien gemeinsam gewollt haben¹³¹, was die Parteien „reasonably would have understood to mean“¹³² oder was der wirkliche Wille der Parteien war (§ 133 BGB). Art. 5:101 der Principles of European Contract Law lautet: „*A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words*“¹³³. Aus Südafrika stammen folgende Auslegungsregeln: Sehr wenige Worte ... haben eine einzige Bedeutung, und die gewöhnliche Bedeutung von Worten, die in einem

¹²⁰ Looschelders, IPR, Art. 32 Rn. 6.

¹²¹ Vgl. OLG Hamburg VersR 1996, 229.

¹²² Dicey & Morris, The Conflicts of Law, Rn. 32-188; Eden Construction Pty Ltd v. New South Wales (No 2) [2007] FCA 689 (9 May 2007).

¹²³ Dicey & Morris, The Conflicts of Law, Rn. 32-188.

¹²⁴ Cf. Di Sora v. Phillips (1863) 10 H.L.C 524, 638.

¹²⁵ Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society [1998] 1 W.L.R. 896.

¹²⁶ Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd. v. James Miller and Partners Ltd. [1970] A.C. 583.

¹²⁷ Vgl. Battifol/Lagarde, Droit international privé, Rn. 604.

¹²⁸ Egon Oldendorff v. Libera Corporation (No. 2) [1996] 1 Lloyd's Report 380, 387; Dicey & Morris, Conflict of Laws, Rn. 32-078.

¹²⁹ Billyack v. Leyland Construction Company Limited [1968] 1 All E.R. 783, 787 E-F durch LJ Davies; Pearce & High Ltd v. Baxter & Anor [1999] EWCA Civ 789 (15 February 1999).

¹³⁰ Gibert-Ash (Northern) Limited v. Modern Engineering (Bristol) Limited [1974] A.C. 689, 717H durch Lord Diplock; Pearce & High Ltd v. Baxter & Anor [1999] EWCA Civ 789 (15 February 1999).

¹³¹ Van Ommeslaghe, Éléments de Théorie Générale des Contrats, Rn. 229.

¹³² Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society [1998] 1 All ER 98.

¹³³ Übersetzung: Ein Vertrag wird nach dem gemeinsamen Willen der Parteien ausgelegt, auch wenn dieser nicht mit dem Wortlaut der Erklärungen übereinstimmt.

Vertrag auftauchen, hängt notwendigerweise vom Kontext, in dem sie benutzt werden, ihrer Beziehung und von der Natur der Transaktion, ab, so wie es aus dem Vertrag insgesamt hervorgeht¹³⁴. Es ist wesentlich, auf den Kontext, in dem ein Wort oder ein Satz benutzt wird in Beziehung zu dem gesamten Vertrag zu setzen, und zwar einschließlich der Vertragsnatur und des Vertragszweckes¹³⁵.

Im Bauvertragsrecht geht es vor allem darum, die Leistung des Unternehmers zu bestimmen. In Ägypten verlangen die Gerichte, dass bestimmte Dokumente vorliegen, z.B. der Vertrag, die Leistungsbeschreibung oder das Leistungsverzeichnis, ein Kostenanschlag und Pläne. Diese Dokumente ergänzen sich und dienen als Auslegungsgrundlage für die Bestimmung des Vertragsinhalts¹³⁶. Im Falle von Abweichungen in den Dokumenten, bevorzugen die Gerichte bestimmte Dokumente gegenüber anderen. Das Leistungsverzeichnis verdrängt den Kostenanschlag, die Einheitspreisliste verdrängt den Kostenvoranschlag, die handschriftlichen Ergänzungen verdrängen mit der Maschine geschriebene Angaben, die schriftlichen Bedingungen verdrängen die Pläne, die Pläne im großen Maßstab verdrängen die Pläne im kleinen Maßstab.

Bei der Redaktion und der Auslegung anglo-amerikanischer Verträge ist z.B. die sog. *contra-proferentum*-Regel zu beachten. Nach dieser in der Rechtsprechung entwickelten Auslegungsvorschrift ist eine Vertragsklausel, die eine Partei begünstigt, gegen diese Partei zu verwenden¹³⁷. Demzufolge gehen Zweifel, Unsicherheiten und Unwägbarkeiten zu Lasten der Partei, die die Klausel in den Vertrag eingebracht hat und sich auf die Klausel beruft¹³⁸. Nur soweit Vertragsmuster verwendet werden, die von Einrichtungen entwickelt wurden, in denen die Vertreter beider Berufsgruppen mitgewirkt haben, findet die Regel keine Anwendung¹³⁹.

Die *proferentum*-Regel hat als verallgemeinerungsfähig und international bekannt Eingang in die *Unidroit Principles* (Klausel 4.6) und die *Principles of European Contract Law* (Art. 5:103) gefunden. Entsprechende Regelungen gelten z.B. in Deutschland (vgl. § 305 c Abs. 2 BGB)¹⁴⁰, Frankreich und Belgien¹⁴¹. Allerdings sind dort Ausnahmen für allgemein anerkannte und ausgewogene Klauselwerke nicht ausdrücklich vorgesehen. Nachweisbare Rechtsprechung zur Anerkennung von Standardmustern existiert bislang nicht¹⁴².

In Südafrika wird gerne die *ejusdem* Regel herangezogen, um Klauseln auszulegen, die Beispiele benennen. Wo z.B. eine Bauzeitverlängerungsklausel spezifische Gründe auflistet, aus denen der Unternehmer Zeitverlängerung beantragen kann und Worte hinzufügt, „oder andere Gründe außerhalb der Kontrolle des Unternehmers“, muss der letzte Satz eng und *ejusdem generis* mit den vorangehenden Kategorien ausgelegt werden¹⁴³.

¹³⁴ *Sassoon Confirming and Acceptance Co (Pty) Ltd v. Barclays National Bank Ltd* 1974 (1) SA 641 (A) at 646B.

¹³⁵ *Hollard Life Assurance Company Ltd. v. Van Der Merwe* NO (569/2003) [2004] ZASCA 115; [2006] 4 All SA 333 (SCA); (30 November 2004); *Coopers & Lybrand and Others v. Bryant* 1995 (3) SA 761, 768A (A); *Aktiebolaget Hässle and Another v. Triomed (Pty) Ltd* 2003 (1) SA 155 (SCA).

¹³⁶ Abu-Sahlieh, *Le contrat d'entreprise en droit arabe*, 49.

¹³⁷ *Cheshire/Fifoot & Furmston's, Law of Contract*, 181.

¹³⁸ Allery, *Overseas Supply*, 17–46.

¹³⁹ Vgl. *Tersons Ltd. v. Stevenage Development Cor.* [1963] 2 Lloyd's Rep 333 a bezüglich einer JCT-Klausel; siehe aber auch *British Fermentation Products Ltd. v. Compair Reavell Ltd.* zitiert nach Allery, *Overseas Supply*, 9-04 (dort Fn. 3); zur Rechtslage nach dieser Entscheidung vgl. Allery, *Overseas Supply*, 9-04.

¹⁴⁰ OLG Frankfurt OLGZ 1973, 230.

¹⁴¹ Van Ommeslaghe, *Éléments de Théorie Générale des Contrats*, Rn. 230.

¹⁴² Allery, *Overseas Supply*, 9-04.

¹⁴³ *Group Five Building Ltd. v. Minister of Community Development* (449/91) [1993] ZASCA 75; 1993 (3) SA 629 (AD) (28 May 1993).

- 39 d. Auslegung fremdsprachiger Verträge.** Aus Sicht des OLG Stuttgart liegt die Auslegung fremdsprachiger Vertragsbindungen ausschließlich dem Gericht ob. Es kann sich über eine wörtliche Übersetzung eines Dolmetschers hinwegsetzen, wenn das die teleologische Auslegung gebietet und diese mit dem fremdsprachigen Text (noch) vereinbar ist¹⁴⁴. In der deutschen Rechtsprechung scheint die Auslegung fremdsprachiger Vertragstexte ansonsten auf kein besonderes Problembewusstsein zu stoßen. Vor den Instanzgerichten wird nahezu grundsätzlich nicht aufgeklärt, welche Auslegungsregeln im ausländischen Vertragsstatut gelten. Es wird schlicht auf das eigene Handwerkszeug zurückgegriffen. In der Theorie ermitteln die Gerichte das anwendbare Recht und entlehnen ihm die Auslegungsregeln¹⁴⁵. Gelegentlich wird für die Zwecke der Auslegung vom Vertragsstatut zugunsten der *lex fori* abgewichen¹⁴⁶. Eine besondere Technik für die Auslegung fremdsprachiger Texte scheint nicht zu existieren. Ausländische Urkunden sind grundsätzlich in deutscher **Übersetzung** vorzulegen (§ 142 Abs. 3 ZPO). Sprachkundig besetzte Spruchkörper können auf eine Übersetzung verzichten¹⁴⁷. Häufig werden Gutachten eingeholt¹⁴⁸. Anerkannt ist, dass ausländische Rechtsbegriffe im Lichte ihrer Herkunft ausgelegt werden können¹⁴⁹. Die Rechtsprechung¹⁵⁰ hat demgemäß Begriffe des englischen Rechts im Lichte des englischen materiellen Rechts ausgelegt. Von dieser Art der Auslegung wird abgewichen, wenn die Parteien erkennbar etwas anderes wollten¹⁵¹. In jüngerer Zeit hat das OLG Frankfurt¹⁵² auf der Grundlage eines MPI-Gutachtens – ohne große Umstände zu machen – den italienischen Begriff der „*caparra confirmatoria*“ ausgelegt. Die deutschen Standardwerke¹⁵³ beschäftigen sich – abgesehen von der kollisionsrechtlichen Frage nach dem Auslegungsstatut – aber nicht weiter mit dem Problem, wobei es nicht um Auslegungsregeln als solche, sondern darum geht, wie man den Parteiwillen zuverlässig aus fremdsprachigen Texten ermittelt.
- 40 Übersetzungen bergen das Risiko** in sich, dass die Bedeutung der fremdsprachigen Urkunde gefiltert wird¹⁵⁴. Die Übersetzung kann zu einer inhaltlichen Änderung des Vertragswortlauts führen (z.B. anstelle einer Auslegungsregel – einer sog. *construction clause* – eine Rechtswahlklausel)¹⁵⁵. Die französische Cour de Cassation¹⁵⁶ nimmt solche Umdeutungen unter Umständen hin. Klar ist, dass nur Begriffe, die anschauliche Objekte bezeichnen, problemlos übersetzt werden können. Wo jedoch Anschauungen oder rechtliche Konzeptionen zu übersetzen sind, muss der Übersetzer zwangsläufig seine persönliche Meinung wiedergeben¹⁵⁷. Diese sollte er deutlich machen¹⁵⁸. Unterlässt er dies, übernimmt er richterliche Aufgaben.

¹⁴⁴ OLG Stuttgart, Urt. v. 15.5.2006 – 5 U 21/06; NJOZ 2006, 2836 = IBR 2006, 1407 – Moufang.

¹⁴⁵ Vgl. Looschelders, IPR, Art. 32 Rn. 6.

¹⁴⁶ Vgl. RG JW 1911, 225; BayObLG Recht 1913 Nr. 70; BGH IPRspr. 2000 Nr. 20; LG München I IPRax 1984, 318.

¹⁴⁷ BGH NJW 1989, 1432.

¹⁴⁸ Vgl. LG München I IPRax 1984, 318.

¹⁴⁹ Reithmann/Martiny/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 310; Looschelders, IPR, Art. 32 Rn. 7; vgl. auch Battifol/Lagarde, Droit international privé, Band II, Rn. 604.

¹⁵⁰ RGZ 39, 65, 67; RGZ 122, 233, 235; RGZ 71, 9.

¹⁵¹ OLG München IPRspr. 1993 Nr. 48; OLG Hamburg VersR 1996, 229.

¹⁵² OLG Frankfurt IPRspr. 2001 Nr. 23.

¹⁵³ Vgl. Reithmann/Martiny/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 307 ff.; Looschelders, IPR, Art. 32 Rn. 6 ff.; Münchener Kommentar/Spellenberg, BGB, 4. Auflage, Art. 32 EGBGB Rn. 9 ff.

¹⁵⁴ Vgl. Dies v. British and International Mining and Finance Corp. Ltd. [1939] 1 K.B. 724, 733; LG München I IPRax 1984, 318.

¹⁵⁵ Vgl. LG München I IPRax 1984, 318, hierzu Schröder IPRax 1985, 131.

¹⁵⁶ Cass.com., 25.06.1968, J. 1969, 96; vgl. dazu Battifol/Lagarde, Droit international privé, Band II, Rn. 604.

¹⁵⁷ Dies v. British and International Mining and Finance Corp. Ltd. [1939] 1 K.B. 724, 733.

Aus der englischen Rechtsprechung ist bekannt, dass zunächst eine Übersetzung des fremdsprachigen Dokuments erforderlich wird¹⁵⁹. Dabei übernimmt der Übersetzer die Aufgabe eines Zeugen über die Bedeutung und die grammatikalische Konstruktion der gewählten fremdsprachigen Worte. Technische Begriffe und Worte mit spezieller inhaltlicher Belegung muss sich der Richter mündlich erläutern lassen. Hierzu gehört ggf. auch die Erläuterung der einschlägigen Rechtsprechung des betreffenden Staates. Hat der Zeuge diese Aufgaben erfüllt, liegt die Auslegung in den Händen des Gerichts. Die eigentliche Meinungsbildung gehört zu den originären richterlichen Aufgaben. Eigene Sprachkenntnisse darf der englische Richter einfließen lassen¹⁶⁰. Letzteres entspricht der deutschen Auffassung¹⁶¹.

IV. Erfüllung und Erfüllungswirkung

Schrifttum

Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Köln 1998; Looschelders, Internationales Privatrecht, Heidelberg 2003; Chaillé de Néré, *Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé*, Marseille, 2003

1. Inhalt der Verpflichtungen. Gemäß Art. 32 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB a.F. und Art. 12 Abs. 1 (b) Rom I richtet sich die Frage der Erfüllung nach dem Vertragsstatut. Das Vertragsstatut bestimmt, was der Bauunternehmer und der Bauherr einander wechselseitig schulden¹⁶². Ob die Regeln der Technik und Baukunst des Baustellenlandes oder etwa jene am Sitz des ausführenden Unternehmens zu beachten sind, ist ebenfalls dem Vertragsstatut zu entnehmen¹⁶³. Fehlt es in der anwendbaren Rechtsordnung an eindeutigen Entscheidungen zu Qualitätsstandards, die sich z.B. aus gesetzlichen Anordnungen ergeben können, muss der Vertrag nach dem Schuldstatut ausgelegt werden. Auf die diesbezüglichen Schwierigkeiten wurde bereits hingewiesen. Es kann jedenfalls nicht generell davon ausgegangen werden, dass nicht vereinbarte Qualitätsstandards mittels Auslegung definiert werden können (siehe aber Art. 95 Code Civil Ägypten). Im Zweifel dürfte gegen denjenigen zu entscheiden sein, der sich auf die strengere Qualitätsvorschrift beruft (vgl. Klausel 4.6 Unidroit Principles). Unzulässig ist es, unabhängig von dem Vertragsstatut durch Auslegung Lücken zu schließen. Es ist daher nicht ohne weiteres zulässig, den dänischen Fertighauslieferanten qua Auslegung zur Lieferung nach deutschen Standards zu verpflichten¹⁶⁴. Vielmehr ist zunächst aus dem Vertragsstatut zu ermitteln, ob eine derartige Auslegung zulässig ist. Auch geht die Ansicht zu weit, dass sich zwingend geregelte technische Standards, Vorschriften des öffentlichen Bau- und Grundstücksrechts ebenso wie Bauzulassungsnormen gegen das Vertragsstatut durchsetzen¹⁶⁵. Richtig daran ist, dass der Bauherr diese Normen beachten muss¹⁶⁶. Ob er deren Einhaltung von seinen Vertragspartner abverlangt, ist hingegen seine Sache. Erst dann, wenn eine Norm des Baustellenrechts etwa drittschützenden Charakter hat

41

¹⁵⁸ Dies v. British and International Mining and Finance Corp. Ltd. [1939] 1 K.B. 724, 733; vgl. auch Lewison, *The interpretation of contracts*, Rn. 5-06.

¹⁵⁹ Si Sora v. Phillips (1863) 10 H.L.Cas. 624, etwas restriktiver Rouyer Guillet et Cie. v. Rouyer Guillet & Co. Ltd. [1949] 1 All E.R. 244.

¹⁶⁰ Fothergill v. Monarch [1981] A.C. 251.

¹⁶¹ BGH NJW 1989, 1432.

¹⁶² Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rn. 341.

¹⁶³ Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, Rn. 1094.

¹⁶⁴ Vgl. zu diesem Beispiel Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rn. 342.

¹⁶⁵ So aber Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rn. 343.

¹⁶⁶ Vgl. Wenner FS Mantscheff, 205, 214.

und zum nationalen *ordre public* gehört, kann sie sich gegen das Vertragsstatut durchsetzen. Der Verstoß gegen nachbarschützende Normen ist nur dann vertragsrelevant, wenn sich der Unternehmer zur Einhaltung der örtlichen Regeln verpflichtet hat. Hingegen wird er örtliche Normen, die Leben und Gesundheit schützen, also etwa Regeln zur Baustellensicherheit, beachten müssen.

- 42 2. Erfüllungswirkung.** Gemäß Art. 32 Abs. 1 Nr. 4 EGBGB a.F. und Art. 12 Abs. 1 (d) Rom I ergeben sich auch die verschiedenen Arten des Erlöschens der vertraglichen Verpflichtungen aus dem Vertragsstatut. Art. 32 Abs. 1 Nr. 4 EGBGB a.F. und Art. 12 Abs. 1 (d) Rom I erfassen die Erfüllungssurrogate (Aufrechnung, Erlass, Verzicht und Hinterlegung)¹⁶⁷ und die Erfüllungshandlungen. Allerdings ist das gesetzliche Aufrechnungsrecht jetzt in Art. 17 Rom I geregelt. Es gilt seither für die Aufrechnung zwingend das Recht, dem die Forderung unterliegt, gegen die aufgerechnet wird. Im Bauvertragsrecht stehen sich zumeist ohnehin nur Forderungen gegenüber, die aus dem Vertrag abgeleitet sind, so dass das Recht der beiden wechselseitigen Forderungen nicht auseinanderfällt. Schwieriger wird es, wenn sich eine vertragliche und eine außervertragliche Forderung gegenüberstehen (z.B. der Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz und der Anspruch des Unternehmers aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag). Sind dann auf Forderung und Gegenforderung unterschiedliche Rechtsordnungen anzuwenden, kommt es darauf an, wer die Aufrechnung erklärt. Der jeweilige Aufrechnungsgegner kann sich auf das Recht seiner Forderung berufen, die durch die Aufrechnung vernichtet werden soll. Besonders problematisch sind Erfüllungshandlungen, die nicht direkt an den Vertragspartner erfolgen, sondern z.B. zur Abwendung von Verfolgungsmaßnahmen oder aus Opportunitätsgründen durch den Bauherrn an Subunternehmer erbracht werden (vgl. Unterklausel 5.4. FIDIC Red Book 1999). Die Frage ist, ob solche Leistungen schuldbefreiend wirken und aus welchem Recht sich dies ergibt. Die Frage ist kollisionsrechtlich nur unvollkommen geregelt. Unproblematisch ist der Fall, wenn beide betroffenen Rechtsverhältnisse demselben Recht unterliegen. Unproblematisch ist wohl auch, dass der Hauptunternehmer durch die Zahlung des Bauherrn an den Subunternehmer frei wird¹⁶⁸. Fallen die Rechtsordnungen auseinander und ermittelt man die rechtliche Verpflichtung des Bauherrn gegenüber dem Subunternehmer aus dem Recht des Subunternehmervertrages, dann läuft der Bauherr Gefahr mit der Zahlung an den Subunternehmer nicht von seiner Zahlungspflicht gegenüber dem Hauptunternehmer frei zu werden. Diese Gefahr kann man natürlich dadurch bannen, dass man die Durchgriffshaftung des Bauherrn allein aus dem Vertragsstatut des Hauptvertrages entnimmt¹⁶⁹. Doch diese Auffassung ist jedenfalls international nicht durchgängig gegeben, so dass das Problem der Erfüllungswirkung im Falle der Durchgriffshaftung bestehen bleibt. Es hilft ein Blick auf Art. 33 Abs. 3 EGBGB a.F. bzw. Art. 15 Rom I. Danach entscheidet das Recht, das über die Verpflichtung des Bauherrn zur Zahlung an den Subunternehmer bestimmt, ob der Bauherr gegen den Hauptunternehmer ein Regressrecht hat¹⁷⁰. Dementsprechend kann der Bauherr gegenüber dem Hauptunternehmer in Bezug auf die Erfüllung aus diesem Vertrag ggf. nach dem Recht, dem der Direktanspruch unterliegt, den Erfüllungseinwand erheben. Allerdings ist anzumerken, dass weder Art. 33 Abs. 3 EGBGB a.F.

¹⁶⁷ Erman/Hohloch, BGB, Art. 32 EGBGB Rn. 13; Palandt/Thorn, BGB, Art. 12 Rom I Rn. 8.

¹⁶⁸ Pulkowski ICLR 2004, 31, 48.

¹⁶⁹ Pulkowski ICLR 2004, 31, 48.

¹⁷⁰ Vgl. Erman/Hohloch, BGB, Art. 33 EGBGB Rn. 9.

noch Art. 15 Rom I freiwillige Leistungen erfassen. FIDIC löst das Problem durch einen eigenständigen Regressanspruch gegen den Unternehmer.

3. Durchsetzbarkeit der Erfüllungsansprüche. Im Bereich der Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen stehen sich das kontinentaleuropäische Recht und das Common Law unversöhnlich gegenüber. Es entscheidet jeweils das Vertragsstatut (Art. 12 Abs. 1 Rom I). Nach deutschem und nach französischem Recht kann der Gläubiger die Erfüllung in Natur verlangen. Gemäß Art. 1243 Code Civil muss der Gläubiger nichts anderes akzeptieren als das, was vereinbart ist¹⁷¹. Immer dann, wenn die Erfüllung in Natur juristisch und tatsächlich möglich ist, kann der Gläubiger die Annahme einer Ersatzleistung ablehnen¹⁷². Nur in Ausnahmefällen kann der Richter sein Ermessen ausüben¹⁷³. Im Common Law ist dagegen „*specific performance*“ die Ausnahme. Der Regelrechtsbehelf ist Schadensersatz¹⁷⁴. Der englische Richter kann die Erfüllung als Rechtsbehelf der „*pure equity*“ nur zuerkennen, wenn sie ihm im Einzelfall adäquat und akzeptabel erscheint¹⁷⁵. Die Zuerkennung von „*specific performance*“ ist keine Frage des Rechts sondern des freien richterlichen Ermessens¹⁷⁶. In einigen Fällen kann der Gläubiger die Erfüllung auch im Wege einer bei Gericht zu beantragenden „*injunction*“ durchsetzen. Der Richter kann entweder ein Verbot oder ein Gebot aussprechen¹⁷⁷. Weniger problematisch sind die Unterlassungsanordnungen, die verhängt werden, wenn sich der Schuldner zu einer Unterlassung verpflichtet hat. Die sog. „*mandatory injunctions*“, mit denen der Schuldner zu einem Tun oder Handeln verpflichtet wird, dürfen nicht angeordnet werden, es sei denn sie erzielen ein faires Ergebnis¹⁷⁸. Unzulässig sind solche Anordnungen, wenn es sich um persönliche Dienstleistungen handelt oder solche, die einer fortwährenden Kontrolle durch das Gericht bedürften¹⁷⁹. Zulässig sind dagegen Anordnungen, die den Schuldner verpflichten, ein Gebäude abzureißen, das er errichtet hat¹⁸⁰ oder eine Straße zu verlegen, die er nicht in Übereinstimmung mit dem Vertrag konstruiert hat¹⁸¹. Im Common Law-System ist der Gläubiger mithin hinsichtlich seines Wahlrechtes erheblich eingeschränkt. Dies muss letztlich bereits bei Vertragsschluss in die Überlegungen einbezogen werden, um im Grundsatz vorhersehbare Nachteile aus der reduzierten Wahlfreiheit zu kompensieren.

Ägypten (Art. 213 Abs. 1 Code Civil): Wenn die Erfüllung in Natur nicht möglich oder es nicht opportun ist, dass der Schuldner sie selbst erbringt, kann der Gläubiger ein Urteil erlangen, das den Schuldner verurteilt, seine Verpflichtung unter Androhung eines Zwangsgeldes zu erfüllen.

Wird dem Schuldner die Erfüllung in Natur zu aufwändig, kann er den Gläubiger gemäß Art. 203 in Geld entschädigen, wenn dies dem Gläubiger keinen schweren Nachteil bringt.

¹⁷¹ Chaillé de Néré, Les difficultés d'exécution du contrat, Rn. 684.

¹⁷² Chaillé de Néré, Les difficultés d'exécution du contrat, Rn. 684.

¹⁷³ Cass.civ., 19.04.1977, D. 1977, 487.

¹⁷⁴ Cheshire/Fifoot/Furmston's, Law of Contract, 698.

¹⁷⁵ Wilson v. Northampton and Barnbury Junction Rly Co (1874) 9 Ch App 279, 284 (Lord Selborne).

¹⁷⁶ Lamare v. Dixon (1873) LR 6 HL 414, 423 (Lord Chelmsford).

¹⁷⁷ Cheshire/Fifoot/Furmston's, Law of Contract, 701.

¹⁷⁸ Cheshire/Fifoot/Furmston's, Law of Contract, 701.

¹⁷⁹ Cheshire/Fifoot/Furmston's, Law of Contract, 702.

¹⁸⁰ Lord Manners v. Johnson (1875) 1 ChD 673; Jackson v. Normanby Brick Co. [1899] 1 Ch 438.

¹⁸¹ Charrington v. Simons & Co. Ltd. [1970] 2 All ER 257.

Indien: In Indien kann keine Vertragserfüllung in Natur verlangt werden¹⁸². Die öffentliche Hand hatte dem Unternehmer wegen vermeintlicher Bauzeitüberschreitung gekündigt. Daraufhin begehrte der Unternehmer eine einstweilige Anordnung des Inhalts, dass es dem Auftraggeber verwehrt werde, einen neuen Auftrag zu erteilen. Der indische Supreme Court¹⁸³ wies das Begehren mit dem Hinweis ab, dass es darauf hinauslaufe, ein Recht auf Vertragserfüllung anzunehmen. Ein solches könne aber allenfalls dann gewährt werden, wenn Schadensersatz kein angemessener Rechtsbehelf sei.

V. Leistungsstörungen

Schrifttum

Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Köln 1998; Pickavance, Delay and Disruption in Construction Contracts, 3. Auflage, London 2005

- 44 Kern des Schuldrechts ist das Recht der Leistungsstörungen. Rechtsvergleichend bestehen erhebliche Unterschiede. Im Common Law ist die vertragliche Haftung generell **verschuldensunabhängig** ausgestaltet (contract liability is strict liability). Allerdings muss im Einzelfall geklärt werden, ob es sich um eine absolute oder eine qualifizierte Verpflichtung handelt. Planungsverpflichtungen werden im Common Law überwiegend als qualifizierte Verpflichtungen angesehen (skill and care, best efforts). In Frankreich haften Ingenieure und Architekten partiell „de moyens“ und partiell „de résultat“. Vor allem übernehmen französische Planer und Unternehmer eine gesamtschuldnerische und verschuldensunabhängige Haftung für die Gebäudestabilität. Das CISG, die Unidroit Principles und die European Principles gehen ebenfalls von einer verschuldensunabhängigen Haftung aus¹⁸⁴. Die Haftung entfällt nach Art. 8:108 European Principles, wenn die Nichterfüllung entschuldigt ist. Entschuldigungstatbestände sind solche, bei denen der Schuldner aufgrund unvorhersehbarer und unüberwindbarer höherer Gewalt nicht leisten kann¹⁸⁵. Im Common Law ist die Nichterfüllung entschuldigt, wenn die Nichterfüllung vertraglich vereinbart ist oder die Erfüllung unmöglich wird¹⁸⁶. Allerdings werden die Ausnahmen traditionell streng ausgelegt. So wurde z.B. entschieden, dass ein Unternehmer, der sich verpflichtet, ein Haus in der vereinbarten Zeit zu errichten, für die Zeitüberschreitung einzustehen hat, trotzdem er durch einen Streik¹⁸⁷ oder unvorhergesehene **Baugrundverhältnisse**¹⁸⁸ daran gehindert war. Enthaftung tritt ein, wenn die doctrine of frustration greift¹⁸⁹. Leistungsstörungen können im Übrigen auf beiden Seiten eintreten. Auch die Frage nach Mitwirkungspflichten des Bauherrn ist über das Vertragsstatut zu beantworten. Große Bedeutung haben häufig Grundsätze von Treu und Glauben oder ähnliche Ansätze, z.B. das *prevention principle* (Australien, USA, England). Das Prinzip der Behinderung findet im australischen Recht generell auf Verträge Anwendung. Es hat den Effekt, dass eine Partei gegen die andere keine vertragliche Verpflichtung durchsetzen kann, wo sie die andere daran gehindert hat, die Verpflichtung zu erfüllen¹⁹⁰.

¹⁸² Vgl. Markanda, Building and Engineering Contracts, § 8.2.1.

¹⁸³ Ranjit Chandra Mitter v. Union of India AIR 1963 Cal 594; siehe Markanda, Building and Engineering Contracts, § 8.2.2.

¹⁸⁴ Lando RabelsZ 67 (2003), 231, 239.

¹⁸⁵ Lando RabelsZ 67 (2003), 231, 239.

¹⁸⁶ Cheshire/Fifoot/Furmston's, Law of Contract, 589.

¹⁸⁷ Budgett & Co. V. Binnigton & Co. [1891] 1 QB 35.

¹⁸⁸ Bottoms v. York Coro. (1892) 2 Hudson's BC (4th edition) 208.

¹⁸⁹ Vgl. Cheshire/Fifoot/Furmston's, Law of Contract, 631 ff.

¹⁹⁰ Griffiths Dave v. Gnd Developments Pty Ltd C510-95 [1997] QBT 91 (30 May 1997).

European Principles Art. 8:101: Mögliche Rechtsbehelfe

(1) Wenn eine Partei eine ihr nach dem Vertrag obliegende Verpflichtung nicht erfüllt und die Nichterfüllung nicht gemäß Art. 8:108 entschuldigt ist, kann die benachteiligte Partei von jedem der in Kapitel 9 vorgesehenen Rechtsbehelfe Gebrauch machen.

(2) Ist die Nichterfüllung gemäß Art. 8:108 entschuldigt, kann die benachteiligte Partei von jedem der in Kapitel 9 vorgesehenen Rechtsbehelfe Gebrauch machen, mit Ausnahme der Ansprüche auf Erfüllung und auf Schadenersatz.

European Principles Art. 8:108: Entschuldigung aufgrund eines Hinderungsgrundes

(1) Eine Nichterfüllung durch eine Partei ist entschuldigt, wenn sie beweist, dass die Nichterfüllung auf einem außerhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht und dass von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsschluss in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden.

(2) Besteht der Hinderungsgrund nur vorübergehend, so wirkt die Entschuldigung aufgrund dieses Artikels nur für den Zeitraum, während dessen der Hinderungsgrund besteht. Sofern jedoch die Verzögerung eine wesentliche Nichterfüllung darstellt, kann der Gläubiger sie als solche behandeln.

(3) Die Partei, die nicht erfüllt, muss sicherstellen, dass eine Mitteilung des Hinderungsgrundes und seiner Auswirkung auf ihre Fähigkeit zu erfüllen der anderen Partei innerhalb einer angemessenen Zeit zugeht, nachdem die nicht erfüllende Partei diese Umstände kannte oder kennen musste. Die andere Partei kann Schadenersatz für alle Verluste verlangen, die sich daraus ergeben, dass ihr diese Mitteilung nicht zugegangen ist.

Nach Art. 32 EGBGB a.F. und Art. 12 Rom I richtet sich die Frage nach der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung der Verpflichtungen einschließlich der Schadensbemessung sowie die verschiedenen Arten des Erlöschens der Verpflichtungen nach dem Vertragsstatut. Aus dem Vertragsstatut sind mithin Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Verzug, Unvermögen, Unmöglichkeit, des Gefahrübergangs und der Gewährleistung zu entnehmen¹⁹¹, aber auch die Voraussetzungen der Entschuldigungsgründe. Das Vertragsstatut entscheidet zudem über die Art der einzelnen Rechtsbehelfe, also z.B. Rücktrittsrechte, Kündigungsmöglichkeiten und Schadenersatz. Zu erwähnen ist, dass manche Rechtsordnungen sehr starke Differenzierungen vornehmen, während andere (Common Law) nicht zwischen Verzug, Unmöglichkeit und Schlechterfüllung unterscheiden.

45

VI. Mängelgewährleistung**Schrifttum**

Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Köln 1998; Glavinis, Le contrat international de construction, Paris 1993

In Deutschland hat sich das Thema der Mängelgewährleistung vom allgemeinen Recht der Leistungsstörungen emanzipiert. Durch die Schuldrechtsreform haben sich beide Materien wieder inhaltlich angenähert. Doch nach wie vor hat das Mängelgewährleistungsrecht in §§ 633, 634, 634 a, 635, 636, 637, 638, 639 BGB einen eigenständigen

46

¹⁹¹ Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rn. 344.

Platz. In anderen kodifizierten Rechtsordnungen wird dagegen das Mängelgewährleistungsrecht ganz überwiegend als Teil des allgemeine Leistungsstörungenrechts behandelt (vgl. Art. 1792, 1134 ff. Code Civil (F)). Die Haftung für die „conformité“ ist Teil des „droit commun“. Im Common Law ist die *defects liability* Teil des allgemeinen Leistungsstörungenrechts (breach of contract). Die englischen Standardvertragsmuster (JCT 1998, IFC 1998 und ICE) regeln zumeist ausdrücklich die Inhalte der Verpflichtungen, die den Unternehmer während der defects liability period treffen¹⁹².

- 47 Internationale Verträge sehen in der Regel konkrete Standards für die auszuführenden Arbeiten vor¹⁹³. Schweigt der Vertrag oder lassen sich in den Verhandlungen nicht die gewünschten Standards aushandeln, wäre es gleichwohl verfehlt zu meinen, es gäbe sie nicht. Sie können in gesetzlichen Regelungen, der Rechtsprechung und Sitten und Gebräuchen versteckt sein. Der *standard of workmanship* taucht in vielen Rechtsordnungen auf die eine oder andere Weise auf¹⁹⁴. Welchen Inhalt er jeweils hat, ist anhand der auffindbaren Rechtsprechung und Literatur aufzuklären.
- 48 Grundsätzlich sind Fragen nach der Gewährleistung nach dem Vertragsstatut zu beurteilen (Art. 32 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB a.F. = Art. 12 Abs. 1 (c) Rom I)¹⁹⁵. Unter Art. 32 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB a.F. bzw. Art. 12 Abs. 1 (c) Rom I fallen alle Institute und Regelungen, die Leistungsstörungen abarbeiten, wie z.B. die Haftung nach §§ 275 ff., 311 a, 313, 323 ff. BGB oder „breach of contract“, „specific performance“ oder die sog. „décennale“ des französischen Rechts. Doch sind gelegentlich Sonderanknüpfungen vorzunehmen oder zu berücksichtigen (z.B. der décennale). Neben der Frage, welche Rechtsbehelfe der Bauherr im Falle von Mängeln geltend machen kann, steht die danach, innerhalb welcher Fristen solche Rechtsbehelfe geltend gemacht werden müssen, um Rechtsnachteile zu vermeiden. In einigen Rechtsordnungen gehören solche Fristen zu den prozessrechtlichen Instrumentarien. Gleichwohl werden sie international-privatrechtlich dem Vertragsstatut entnommen.

VII. Beweislast und gesetzliche Vermutungen

Schrifttum

Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Köln 1998;; Glavinis, Le contrat international de construction, Paris 1993

- 49 Im Falle von Auseinandersetzungen kommt es nicht nur auf die materielle Rechtslage an. Oftmals müssen in Bezug auf die eigene Position Risikoeinschätzungen vorgenommen werden. Maßgeblichen Einfluss hat jeweils die Beweislast. Die Verteilung der Beweislast entscheidet weitgehend über die Verhandlungspositionen der Parteien. Gemäß Art. 32 Abs. 3 EGBGB a.F. und Art. 18 Abs. 1 Rom I ist das für den Vertrag maßgebende Recht (Vertragsstatut) auch insoweit anzuwenden, als es für vertragliche Schuldverhältnisse **gesetzliche Vermutungen** aufstellt oder die **Beweislast** verteilt. Zum Beweis eines Rechtsgeschäfts sind alle Beweismittel des deutschen Verfahrensrechts und, sofern dieses nicht entgegensteht, eines der nach Art. 11 Rom I maßgeblichen Rechte, nach denen das Rechtsgeschäft formgültig ist, zulässig (Art. 18 Abs. 2 Rom I). Hiervon zu unterscheiden sind Vereinbarungen über die Zulässigkeit von Beweismitteln.

¹⁹² Vgl. dazu Murdoch/Hughes, Construction Contracts, 184 ff.

¹⁹³ Allery, Overseas Supply, 17–14.

¹⁹⁴ Allery, Overseas Supply, 17–14 zum englischen Recht; vgl. ferner Fontaine/Dely, Droit des Contrats Internationaux, 211 ff.

¹⁹⁵ Looschelders, IPR, Art. 31 Rn. 14.

Nach Auffassung des Supreme Court der Falkland Inseln schließt Klausel 53 FIDIC 1987 den Zeugenbeweis insoweit aus, als er durch Vorlage zeitnaher Aufzeichnungen erbracht werden könnte¹⁹⁶. Letztlich entfällt danach der Anspruch, wenn keine zeitnahen Aufzeichnungen vorliegen. Nach einer neueren Entscheidung aus Trinidad und Tobago ist die ähnliche Unterklausel 20.1 FIDIC 1999 weniger einschneidend. Nach dieser Klausel können Ansprüche auch ohne zeitnahe Aufzeichnungen durchgesetzt werden¹⁹⁷. Derartige Vereinbarungen sind nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich zulässig¹⁹⁸.

Ganz neuartige Fragen stellen sich durch alternative Streitbeilegungsverfahren. So hat ein schottisches Gericht entschieden, dass die Existenz einer DAB-Entscheidung über Zeitverlängerung im späteren Hauptsacheverfahren keine Beweislastumkehr zur Folge hat¹⁹⁹. In alternativen Baustreitbeilegungsverfahren wird im Rahmen der Beweiswürdigung überwiegend der angelsächsische Maßstab *the standard of proof is that of the balance of probabilities* angewendet²⁰⁰. Bewiesen ist der Umstand, für den auf der Grundlage der Beweismittel die größere Wahrscheinlichkeit spricht: *That degree is well settled. It must carry a reasonable degree of probability, not so high as is required in a criminal case. If the evidence is such that the tribunal can say: „we think it more probable than not“, the burden is discharged, but if the probabilities are equal it is not*²⁰¹. Es genügt ein leichtes Überwiegen. In der Praxis läuft dieser Standard häufig auf die Entscheidung hinaus, wessen Beweisantritte bevorzugt werden²⁰². Die übliche Formulierung in Urteilen lautet wie folgt: *On the balance of probabilities I am satisfied that ... Oder: I therefore find, on the balance of probability, that the value of this head of claim is ...*²⁰³.

VIII. Kündigung

Schrifttum

Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Köln 1998

Kündigungs- und Rücktrittsrechte richten sich grundsätzlich nach dem Vertragsstatut²⁰⁴. Verschiedentlich kommt es allerdings zu Konflikten mit dem Insolvenzstatut²⁰⁵, nämlich dann, wenn die anwendbare Rechtsordnung auf Vertragsdurchführung besteht²⁰⁶. Im Einzelfall kommt es auf den Charakter der anwendbaren nationalen Insolvenzregelung an. Ist sie zwingend oder wird sie gar dem *ordre public* zugerechnet, sind Kündigungsklauseln ggf. unwirksam²⁰⁷. Keinesfalls sollten Klauseln gewählt werden, die den Vertrag bei Eintreten der Insolvenz einer Vertragspartei automatisch auflösen. Grundsätzlich soll die Wirksamkeit eines für den Insolvenzfall vorgesehenen vertraglichen Kündigungsrechtes an den Bestimmungen des Insolvenzstatuts gemessen werden²⁰⁸.

50

¹⁹⁶ Her Majesty's Attorney General for the Falklands Islands v. Gordon Forbes Construction (Falklands) Ltd, Falklands Islands Supreme Court, Urteil vom 14.3.2003, [2003] BLR 280 = IBR 2006, 1107 – Hök.

¹⁹⁷ National Insurance Property Development Co Ltd v. NH International (Caribbean) Ltd, High Court of Trinidad and Tobago, Urteil vom 21.10. 2009 (Claim No CV2008-04881), IBR 2010, -Hök.

¹⁹⁸ BGHZ 109, 19, 29, vgl. auch Zöller/Greger, ZPO, vor § 284 Rn. 2b.

¹⁹⁹ City Inn Ltd. v. Shepherd Construction Ltd. [2001] ScotHC 54 (17th July, 2001).

²⁰⁰ Chern on Dispute Boards, 196.

²⁰¹ Siehe Denning J. in Millar v. Minister of Pensions [1947] 2 All E.R. 372.

²⁰² Chern on Dispute Boards, 196.

²⁰³ Siehe HS Works Ltd v. Enterprise Managed Services Ltd [2009] EWHC 729 (TCC) (08 April 2009). Die Praxis wendet den englischen Standard eher unreflektiert an. Richtigerweise sollte jeweils auf den Standard abgestellt werden, der am Sitz des vertraglich vereinbarten Schiedsgerichts gilt.

²⁰⁴ Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rn. 345.

²⁰⁵ Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rn. 346.

²⁰⁶ Vgl. Fontaine/Dely, Droit des Contrat Internationaux, 628.

²⁰⁷ Fontaine/Dely, Droit des Contrat Internationaux, 628, 629.

²⁰⁸ Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht Rn. 349.

Seit Inkrafttreten der Verordnung 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren²⁰⁹ sind grenzüberschreitende Insolvenzverfahren und insbesondere grenzüberschreitende Zugriffe auf Verträge zunehmend wahrscheinlich.

- 51 Vertragliche Kündigungsvorbehalte zugunsten der Parteien werden häufig von Regelungen des Vertragsstatuts überlagert. Nicht in allen Rechtsordnungen ist es zudem selbstverständlich, dass es dem Besteller vorbehalten ist, den Vertrag grundlos – d.h. ohne einen durch den Auftragnehmer gesetzten oder zu vertretenden Anlass – aufzukündigen. Nach den älteren FIDIC-Mustern (1987) darf der Besteller z.B. nur in besonderen Fällen kündigen. Die neueren FIDIC-Muster regeln ein allgemeines Kündigungsrecht des Bestellers. Gelegentlich werden die Rechtsfolgen einer einseitigen und aus Sicht des Auftragnehmers grundlosen Kündigung in den nationalen Rechtsordnungen ergänzend oder verbindlich geregelt (z.B. in Frankreich und Belgien). In einigen Ländern bedarf es im Falle einer Kündigung, die aufgrund eines Fehlverhaltens der anderen Partei ausgesprochen wird, eines besonderen – gerichtlichen – Vertragsaufhebungsverfahrens (z.B. in Frankreich und Belgien).

IX. Verjährung

Schrifttum

Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Köln 1998; Glavinis, *Le contrat international de construction*, Paris 1993

- 52 Die Verjährung vertraglicher Ansprüche und andere Formen des Rechtsverlustes durch Zeitablauf beurteilen sich gemäß Art. 32 Abs. 1 Nr. 4 EGBGB bzw. Art. 11 Abs. 1 (d) Rom I nach dem Vertragsstatut²¹⁰. Ob die Verjährung durch Klageerhebung oder andere gerichtsformige Verfahren unterbrochen oder gehemmt wird, entscheidet ebenfalls grundsätzlich das Vertragsstatut²¹¹. Allerdings fallen häufig das anwendbare Vertragsrecht und das anwendbare Verfahrensrecht auseinander, so dass Entscheidungsdisharmonien auftreten können. Vielfach wird zumindest verlangt, dass eine im Ausland erhobene Klage nur dann Berücksichtigung findet, wenn das auf die Klage folgende Urteil im Inland anerkannt werden würde²¹². Andere wollen es ausreichen lassen, wenn die im Ausland vorgenommene Handlung materiell gleichwertig ist, wobei unterschiedlich beantwortet wird, ob und wie der Schuldner Kenntnis erhalten muss²¹³.

Im Baurecht wird vielfach mit Ausschlussfristen gearbeitet, die ebenfalls materiellrechtlich zu qualifizieren sind (vgl. Unterklausel 20.1 FIDIC). Solche Verfahrensregeln haben aber eine besondere Bedeutung und sollten zumindest nicht voreilig unter Hinweis auf gesetzliche Verjährungsregeln für unbeachtlich oder unwirksam gehalten werden²¹⁴. Ferner finden sich in internationalen Bauverträgen vielfach Ansprüche und Rechtsbehelfe (siehe Klausel 11 FIDIC), die einen eigenständigen Hintergrund haben. Vor der Anwendung spezifischer Regelungen aus dem Vertragsstatut sollte daher stets

²⁰⁹ ABI 2000 Nr. L 160 vom 30/06/2000, 1–13.

²¹⁰ Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht Rn. 350.

²¹¹ BGH NJW 1960, 1720, 1721.

²¹² RGZ 129, 385, 389; OLG Düsseldorf IPRspr. 1977 Nr. 8.

²¹³ Münchener Kommentar/Spellenberg, BGB, 4. Auflage, vor Art. 11 EGBGB Rn. 209–212; vgl. Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rn. 350.

²¹⁴ Siehe dazu Gaymark Investments v. Walter Construction Group (1999) NTSC 143; Multiplex Constructions (UK) Ltd v. Honeywell Control Systems Ltd (No. 2) [2007] EWHC 447 (TCC) (06 March 2007); Steria Ltd v. Sigma Wireless Communications Ltd [2007] EWHC 3454 (TCC) (15 November 2007); vgl. auch Jones, *Can Prevention Be Cured By Time Bars?* (2009) ICLR 26(1), 57–74.

geprüft werden, ob die jeweiligen gesetzlichen Regelungen auf den Vertrag passen. Das Mangelgewährleistungs- und Verjährungsrecht passt nicht auf Klausel 11 FIDIC. Hierbei handelt es sich um einen eigenständigen vertraglichen Rechtsbehelf, der das eigentliche –gesetzliche– Haftungsrecht für Mängel nicht ersetzen will. Vielmehr handelt es sich um einen zusätzlichen Rechtsbehelf gegenüber den gesetzlichen Regelungen²¹⁵. In Englisch würde man Unterklausel 11.1 FIDIC 1999 im Zweifel so auslegen: *Sub-Clause 11.1 is, as it states on its face, an added guarantee, inserted in the contract to extend rather than limit the Contractor's liability for faulty construction. As such, it does not prescribe the Employer's exclusive remedy, and it in no way impairs the Contractor's general obligation to perform his contract in a proper, workmanlike manner*²¹⁶.

X. Vertragsmanagement

Die Vielfalt der Aufgabenstellungen und Situationen, das Arsenal von Klauseln und die Reichhaltigkeit der ihnen zugrundeliegenden Rechtsordnungen machen ein umfangreiches Vertragsmanagement erforderlich. Dies belegen die einschlägigen Handbücher mit Standardbriefen und -erklärungen²¹⁷. Zu handhaben sind vor allem folgende Bereiche:

53

- Überlassung des Baugrundes
- Bauzeit und Bauzeitverlängerung
- Auftragsvolumen und Auftragsumfang
- Preisfeststellung, Mehrkosten und Preisanpassung
- Zahlungsabwicklung
- Tests (Pre-Commissioning, Commissioning, etc.)
- Abnahme und vergleichbare Schritte
- Mängelgewährleistung im vertraglichen Kontext
- Haftungsabwicklung (liquidated damages, Vertragsstrafen etc., Ersatzvornahmekosten)
- sonstige nachvertragliche Verpflichtungen

Bauverträge erfordern ein umfassendes Vertragsmanagement. Kaum ein Vorhaben wird abgewickelt, ohne dass mehr oder weniger unvorhergesehene Schwierigkeiten und Änderungen gegenüber den Kalkulationserwartungen auftreten, Planungsänderungen erfolgen oder schlicht Kalkulationsirrtümer offenbart werden. Hinzu kommen schwer planbare Entscheidungen der Beteiligten, die sich auf den Vertragspreis auswirken können, z.B. die nachvertragliche Streichung von Leistungen mit Auswirkungen auf den Kostenapparat des Unternehmers, seine Gewinnerwartungen und die Kostenbeiträge einzelner Leistungsabschnitte oder die Anordnung zusätzlicher Leistungen mit Auswir-

²¹⁵ Pearce & High Ltd v. Baxter & Anor [1999] EWCA Civ 789 (15 February 1999); Burton-Dixie Corporation v. Timothy McCarthy Construction Company, 436 F2d 405 (United States Court of Appeals, 5th Cir.); Houston Fire & Cas. Ins. Co. v. Riesel Ind. School Dist., Tex. Civ.App. 1964, 375 S.W.2d 323.

²¹⁶ Ähnlich Burton-Dixie Corporation v. Timothy McCarthy Construction Company, 436 F2d 405 (United States Court of Appeals, 5th Cir.) zu einer Klausel mit folgenden Wortlaut: *The Contractor shall remedy any defects due to faulty materials or workmanship and pay for any damage to other work resulting therefrom, which shall appear within a period of one year from the date of final payment, or from the date of the Owner's substantial usage or occupancy of the project, whichever is earlier, and in accordance with the terms of any special guarantees provided in the contract. Neither the foregoing nor any provision in the contract documents, nor any special guarantee time limit, shall be held to limit the Contractor's liability for defects, to less than the legal limit of liability in accordance with the law of the place of building. The Owner shall give notice of observed defects with reasonable promptness. All question arising under this Article shall be decided by the Architect subject to arbitration, notwithstanding final payment.*

²¹⁷ Vgl. Chappel, Standard Letters for Building Contracts, 1 ff.; Allery, Overseas Supply, P 1 ff.

kungen auf die Kostensituation und Rentabilität einzelner Leistungen. Im internationalen Geschäft sind solche Probleme in einem Verfahrenskorsett zu bewältigen. Hinzu kommen die mehr oder weniger täglich anfallenden Routineaktivitäten, wie z.B. Rechnungslegung, Zahlungsfreigaben, Qualitätskontrollen, Aufmaße, Inbetrieb- und Abnahmen. Im internationalen Geschäft ist das Vertragsmanagement üblicherweise eingehend im Vertragswerk geregelt, zumal die weltweit zur Verfügung stehenden Rechtsordnungen nur selten konkrete Regelungen zur Vertragsadministration enthalten. Solche Regelungen finden sich etwa

- in Art. 2374 Abs. 4 Code Civil (F), wo sich Vorgaben dazu finden, wie der Unternehmer, Architekt oder Ingenieur seine Ansprüche gegenüber dem Bauherrn durch ein Privileg sichern kann, das in eine Hypothek am Grundstück erstarkt.
- in Art. 886 Abs. 1 Civil Code (VAE), wonach der Unternehmer wesentliche Massenüberschreitungen unverzüglich anzeigen muss, wenn er seine Ansprüche bewahren will
- in Art. 1793 Code Civil (F) in Bezug auf Mehrforderungen im Pauschalpreisvertrag
- im rumänischen Gesetz 10/1995 zur Abnahme von Bauleistungen, etc.
- im algerischen Code des Marchés Publics in Bezug auf Mehrforderungen und andere vertraglich relevante Aspekte, wie z.B. die Genehmigung von Subunternehmern

Hingegen finden sich kaum gesetzliche Vorschriften zu Tests, Inbetriebnahmen, Bestandzeichnungen, Bedienungsanleitungen, zum Aufmaß und zur Abrechnung. Diesbezügliche Anforderungen sind dem Vertragstext zu entnehmen. Die sorgfältige Lektüre des Vertragswerks unter dem Gesichtspunkt des Vertragsmanagements ist ratsam, denn es ist zum Beispiel von erheblicher Bedeutung, wer die Tests durchführt (z.B. im Hinblick auf die Versorgung mit Strom und Wasser) und wie sie durchzuführen sind (z.B. vor Ort oder unter simulierten Laborbedingungen. Oftmals müssen im Anlagenbau die Tests unter provisorischen Bedingungen durchgeführt werden. Es fehlt Schmutzwasser für die Kläranlage, Strom für die Inbetriebnahme von Turbinen oder schlicht die Außenlast für die Tests der Klimaanlage, etwa weil gerade Winter ist. Häufig sehen die Verträge vor, dass der Unternehmer die Testvoraussetzungen und -bedingungen herstellen muss, wozu auch die Anlieferung von Rohstoffen, Wasser und Energie gehören kann.

Vereinbarungen zum Vertragsmanagement werfen vielfältige Probleme auf. Zu beurteilen ist, ob einzelne Klauseln mit Sanktionscharakter, ohne die kein effektives Vertragsmanagement auskommt, durchsetzbar sind oder nicht. Übliche Sanktionen sind der Verlust von Ansprüchen, Nachteile bei der Beweisführung und –würdigung, und der Verlust von Einwänden. Durchgängig sind solche Regelungen am Vertragsstatut zu messen. In Ausnahmefällen ist die *lex fori* maßgeblich, z.B. hinsichtlich der *Beweisregeln*, nicht der Beweislastregeln²¹⁸.

XII. Claim Management

- 54 Das Claim Management umfasst im weitesten Sinne eine gehörige Risikoanalyse, die Erfassung aller Anspruchsgrundlagen sowie verfahrensrechtlichen Regelungen. Im engeren Sinne befasst sich das Claim Management mit dem Ausgleich für die Bewältigung finanzieller und bauzeitrelevanter Veränderungen gegenüber der Urkalkulation. Echte innere Kalkulationsirrtümer sind nahezu in allen Rechtsordnungen unbeachtlich.

²¹⁸ Vgl. § 5 Rn. 45.

Ägypten (Art. 123 Code Civil): Einfache Kalkulationsirrtümer berühren nicht die Wirksamkeit des Vertrages, sie müssen korrigiert werden.

Es ist andererseits nicht zulässig, die Kalkulation zu erneuern, nachdem sie von beiden Parteien genehmigt wurde, die an die Vereinbarung gebunden sind²¹⁹.

England: Der einseitige Kalkulationsirrtum ist unbeachtlich, solange ihn die andere Partei nicht kennt²²⁰.

Indien: War der Irrtum unvermeidlich, konnte er jedoch von dem Angebotsempfänger erkannt werden, kann nicht erlaubt werden, dass er aus dem Irrtum Vorteil erlangt. Irrt der Bieter, muss er den Irrtum unverzüglich anzeigen²²¹. Der Auftraggeber kann dann das ursprüngliche Angebot nicht mehr annehmen²²². Tut er es, liegt Dissens vor²²³. Nach Vertragsschluss ist ein Kalkulationsirrtum unbeachtlich. Keinesfalls können reine Rechen- oder Schreibfehler korrigiert werden²²⁴.

USA: Einseitige Kalkulationsirrtümer sind unbeachtlich, es sei denn es handelt sich um reine Schreibfehler. Erkennt der Besteller den Irrtum, kann der Vertrag angepasst werden²²⁵.

Claim Management ist kein Verfahrensrecht im Sinne von Prozessrecht. Die Regelungen zum Claim Management gehören zum materiellen Recht und ihre Beurteilung und Ergänzung erfolgt durch das Vertragstatut.

Generell ist die Handhabung von Umständen, die nicht vorhersehbar waren oder vorhergesehen wurden, aber durchaus sehr unterschiedlich. Grob vereinfacht kann man sagen, dass vor allem die französische und die englische Rechtsordnung sehr zurückhaltend sind, in den Grundsatz *pacta sunt servanda* einzugreifen. Hingegen sind zum Beispiel die arabischen Rechtsordnungen eher lösungsoffen und bereit, den Vertrag anzupassen. In praktischer Hinsicht gewollt ist, dass der Unternehmer keine Mondpreise kalkuliert. Vielmehr soll der Angebotspreis Vorkehrungen für die vorhersehbaren Risiken beinhalten²²⁶. Ausgewogene Vertragswerke regeln also ausgepreiste und nicht ausgepreiste Risiken.

55

Ägypten (Art. 147 Code Civil): (1) Der Vertrag bildet das Gesetz der Parteien. Er kann nur durch ihre einvernehmliche Einigung oder aus den im Gesetz vorgesehenen Gründen widerrufen oder geändert werden. (2) Wenn jedoch infolge von außergewöhnlichen, unvorhersehbaren Ereignissen, die einen allgemeinen Charakter haben, die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung, ohne unmöglich zu werden, in der Weise unmäßig aufwändig wird, dass sie den Schuldner mit einem exorbitanten Verlust bedroht, kann der Richter nach den Umständen und nachdem er die Interessen der Parteien gewürdigt hat, die unmäßig gewordene Verpflichtung in angemessenem Umfang herabsetzen. Jede entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig.

²¹⁹ Cour de Cassation (Ägypten), 7.11.1935, Collection Umar, vol. I, no 297, 923.

²²⁰ Keating on Construction Contracts, Rn. 11-013.

²²¹ Markanda, Building and Engineering Contracts, § 4.5.8.

²²² Patil, Building and Engineering Contracts, 100.

²²³ W.B. State Electricity Board v. Patel Engineering Co AIR 2001 SC 682.

²²⁴ W.B. State Electricity Board v. Patel Engineering Co AIR 2001 SC 682.

²²⁵ Allen/Martin, Construction Law Handbook, § 27.03 [B].

²²⁶ Metropolitan Sewerage Com'n v. R. W. Const., 241 N.W.2d 371, 376 (Wis. 1976); Olympus Corp. v. United States, 98 F.3d 1314, 1316 (Fed. Cir. 1996).

Niederlande (Art. 7:753 Abs. 1 Burgerlijk Wetboek): Wenn, nachdem der Vertrag geschlossen wurde, Umstände auftreten oder bekannt werden, die die Kosten erhöhen und [diese] nicht vom Unternehmer zu vertreten sind, kann das Gericht auf Antrag des Unternehmers den vereinbarten Preis vollständig oder teilweise an die gestiegenen Kosten anpassen, vorausgesetzt, dass der Unternehmer bei Angebotsabgabe nicht verpflichtet war, die Wahrscheinlichkeit solcher Umstände in Betracht zu ziehen.

Art. 7:753 Abs. 2 regelt eine Preisanpassung für den Fall inkorrektur Angaben in den Ausschreibungsunterlagen. Art. 7:753 Abs. 3 verpflichtet den Unternehmer, die Fälle des Absatzes 1 und 2 unverzüglich anzuzeigen, so dass die Rechte nach Art. 7:764 [Kündigung] ausgeübt werden können oder ein Vorschlag zur Kostenreduzierung unterbreitet werden kann.

USA: In den USA hat sich die „cardinal change“-Doktrin etabliert. Ansprüche aus einer kardinalen Veränderung umfassen allerdings nach herrschender Auffassung in den USA nur Kosten für Arbeiten, die zusätzlich ausgeführt werden müssen. Nicht eingeschlossen sind Schadensersatzansprüche für die verbleibenden Arbeiten, die unverändert auszuführen sind. Dieser Grundsatz wurde von dem Supreme Court etabliert (Rice Doktrin)²²⁷.

Explizite Klauseln zum Baugrundrisiko haben in den USA und anderen Common Law Staaten zuvörderst den Zweck einen Teil der Wette in Bezug auf die Gegebenheiten der Baugrundbedingungen aus dem Bietungsprozess herauszunehmen. Bieter müssen die Kosten und Mühe eigener Baugrundaufklärung nicht gegen das Risiko widriger Baugrundbedingungen abwägen. Sie sind gegen Ausfälle geschützt. Der Auftraggeber profitiert von einer zutreffenderen Angebotslage, die keine inflationären Risiken berücksichtigt²²⁸.

- 56 Der Bauvertrag regelt üblicherweise zwei Dinge. Zunächst beschreibt er den Vertragsgegenstand und die darauf entfallende Vergütung (Leistung und Gegenleistung). Sodann organisiert er einen Produktionsprozess, in dem Unwägbarkeiten eine Rolle spielen. In der internationalen Praxis liegt der Schwerpunkt der vertraglichen Regelungen auf der Abwicklung des Produktionsprozesses, in dem vor allem die Bewältigung unvorhergesehener Ereignisse, Umstände und Handlungen der Parteien Probleme bereiten. Ausgewogene Vertragsmuster organisieren transparente und berechenbare Verfahren, in denen auf der Grundlage des Vertragswerkes vorhersehbare Entscheidungen ergehen (oder Folgen eintreten). Drei Herangehensweisen sind üblich und wohl auch nur denkbar. Entweder bedingt jede Änderung von Leistung und Gegenleistung eine vorherige Einigung der Vertragsparteien (vgl. VOB/B), oder das Vertragswerk schafft einseitige Anordnungsrechte mit Regelungen, die die Auswirkungen auf den Preis und/oder die Bauzeit regeln (vgl. FIDIC). Schließlich können auch Mechanismen aufgenommen werden, die die Folgen antizipierter Ereignisse und Umstände abschließend regeln (vgl. FIDIC). Im internationalen Geschäft findet man selten Verträge, in denen jede Änderung und ihre Abwicklung eine Vertragsänderung voraussetzt. Üblich sind kombinierte Systeme, die es (1) erlauben, einseitige Anordnungen zu erteilen, deren Folgen in Bezug auf den Preis und die Bauzeit vorhersehbar sind, aber keiner Einigung durch die Parteien bedürfen, und (2) möglichst genaue Tatbestände (z.B.: schlechte Baugrundbedingungen) formulieren, bei deren Vorliegen im voraus bestimmte Folgen eintreten (z.B. Erstattung zusätzlicher Kosten und Bauzeitverlängerung).

²²⁷ Rice [U. S. v. Rice] v. U.S., 317 U.S. 61 [63 S.Ct. 120, 87 L.Ed. 53]; Choteau [sic] v. U.S., 95 U.S. 61 [24 L.Ed. 371]; Crook Co. v. U.S., 270 U.S. 4 [46 S.Ct. 184, 70 L.Ed. 438].

²²⁸ Olympus Corporation v. United States, 98 F.3d 1314; Foster Constr. C.A. & Williams Bros. Co. v. United States, 435 F.2d 873, 887 (Ct. Cl. 1970); Metropolitan Sewerage Com'n v. R.W. Const., 241 N.W.2d 371, 376 (Wis. 1976).

1. Einleitung. Die Abwicklung größerer Bauvorhaben ist ohne Erkenntniszugewinn und das Auftreten vorhergesehener oder unvorhergesehener Ereignisse und Umstände kaum denkbar, denn eine perfekte Vorplanung ist mit Blick auf die Bauzeit und den Baupreis einfach zu aufwändig. Folglich besteht eine der Hauptaufgaben des Vertragsmanagements darin, die Folgen von Erkenntniszugewinn und Ereignissen zu bewältigen. Häufig stellen aber die Parteien ihre unterschiedlichen subjektiven Erkenntnisse und persönlichen Annahmen in den Vordergrund und verlieren aus den Augen, worauf sie sich eigentlich geeinigt haben. Sie räumen ihren gefühlten oder empfundenen Interessen, die sie nicht gewahrt sehen, Vorrang gegenüber den vereinbarten Vertragszielen ein, die nicht unbedingt mit den subjektiven Erwartungen übereinstimmen müssen. Das Vertragsmanagement kann aber nur selten persönliche Einschätzungen und Vorstellungen korrigieren. Beim Vertragsmanagement geht es darum, die vertragsrelevanten Ziele zu verwirklichen und das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung trotz geänderter Grundbedingungen zu erhalten. Ausgehend von der Idee eines Werkvertrages einigen sich die Parteien über die Herstellung eines Werks, das der Unternehmer gegen Zahlung des vereinbarten Entgelts liefern soll. Leistung und Gegenleistung stehen fest, obwohl zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses häufig der Aufwand für die Herstellung des Werkes noch nicht abschließend bekannt ist, z.B. weil bei Vertragsabschluss noch nicht sämtliche Produktionsparameter (Umfang und Komplexität der Leistung sind noch Gegenstand der Planung und Planungsoptimierung sowie Feinplanung) der Werkleistung feststehen. Diese haben einen ganz wesentlichen Einfluss auf die zwei wichtigsten Aspekte des Vorhabens, nämlich Baupreis und Bauzeit.

57

Weltweit steht einer fehlenden abschließenden Vereinbarung über den Werklohn der Wirksamkeit des Vertrages nichts entgegen (vgl. § 632 Abs. 2 BGB²²⁹). Der Werklohn kann also vertraglich offen bleiben. In einem solchen Fall wird anstelle der vereinbarten Vergütung die (ortsübliche und) angemessene Vergütung geschuldet²³⁰. Zumeist übernimmt dann ein staatlicher Richter die Aufgabe der Vergütungsfeststellung. Der klassische vergütungsoffene Bauvertrag ist der Aufmaßvertrag, bei dem die Massen über im Voraus vereinbarte Einheitspreise abgerechnet werden. International eignet sich vor allem der sog. Engineer als Leistungsfeststeller. Komplexere Verträge definieren den absehbaren Teil der Vergütung und lassen lediglich den nicht absehbaren Teil der Vergütung offen (z.B. sehen sie die ergänzende Kostenerstattung für Baugrunderverschwerisse vor²³¹). Insoweit ist zunächst weniger die persönliche Vorhersehbarkeit als die typische Vorhersehbarkeit Maßstab²³². Typische Risiken werden nicht verpreist, sondern erst dann, wenn sie tatsächlich auftreten. Im Rahmen einer Risikoanalyse werden zunächst die wesentlichen Risiken ermittelt. Sodann wird entschieden, von welcher Partei sie zu tragen sind und ob ihre Bewältigung bereits mit dem vertraglich vereinbarten Preis abgegolten ist. In den Verträgen finden sich dann Klauseln, die für den Fall des Auftretens des in der Klausel beschriebenen Risikos Ansprüche auf zusätzliche Vergütung oder Kostenerstattung sowie Bauzeitverlängerung regeln. Solche Klauseln haben eine besondere Zielsetzung und einen speziellen Hintergrund, denn sie werden

58

²²⁹ Free State High Court, Bloemfontein (South Africa), Newstadt v. H Amm (Pty) Limited (2328/2002) [2005] ZAFSHC 20 (20 January 2005), English House of Lords, Thom v. London Corp. (1876).

²³⁰ Free State High Court, Bloemfontein (South Africa), Newstadt v. H Amm (Pty) Limited (2328/2002) [2005] ZAFSHC 20 (20 January 2005), English House of Lords, Thom v. London Corp. (1876).

²³¹ Z.B. NEC3 und FIDIC.

²³² Abgestellt wird in den international üblichen Vertragsmustern z.B. auf den „experienced Contractor“ oder den „reasonable Contractor“.

als wechselseitig begünstigend verstanden²³³. Der Unternehmer kann klar erkennen, für welches Risiko er keine Vorkehrungen im Preis treffen muss, weil er im Falle, dass das Risiko eintritt nach Maßgabe der Klausel entschädigt oder vergütet wird. Der Besteller kann hingegen erwarten, dass der Unternehmer das Risiko nicht im Vertragspreis einkalkuliert hat, so dass er es im Falle des Nichteintretens nicht vergüten muss²³⁴. Häufig wird in den Verträgen die spezifische Risikotragung nach dem Kriterium der Vorhersehbarkeit vorgenommen.

59 Soweit auf die Vorhersehbarkeit abgestellt wird, kommt es nicht darauf an, was die jeweilige Partei vorhersehen konnte, sondern im Grunde genommen auf das, wofür die Parteien Vorkehrungen getroffen haben oder wofür die betroffene Partei (also diejenige die letztlich das Risiko nach der vertraglichen Risikoverteilung zu tragen hat) Vorkehrungen treffen konnte. Vorkehrungen wird man für die Dinge treffen, für die man Verantwortung übernommen hat oder wofür man ein Risiko trägt. Auf die persönliche Vorhersehbarkeit kann es nur bedingt ankommen, denn sie ist kein wirklich prüfbarer Umstand. Zu fragen ist also:

- Was ist Vertragsgegenstand?
- Wie wurde die Gegenleistung (die Bezahlung/Vertragspreis) geregelt?
 - Denkbar ist ein Pauschalpreis oder die Vereinbarung einer Methode, mit der man die Vergütung ermitteln kann (Vereinbarung von Einheitspreisen, die zum Aufmaß abgerechnet werden).
- Was ist bereits durch den vereinbarten Vertragspreis (also Pauschalpreis oder der nach der vereinbarten Methode zu errechnende oder zu ermittelnde Preis) abgedeckt und was nicht?
 - Ausgenommen ist die Vergütung für Risiken, für die das Vertragswerk eine besondere Regelung oder einen besonderen finanziellen Ausgleich vorsieht.
 - Ausgenommen ist die Vergütung für Leistungen, die über den ursprünglichen Vertragsgegenstand hinausgehen (Leistungsänderungen)
 - Eingeschlossen sind alle Leistungen, die erforderlich sind, um das Werk herzustellen, wobei es im Grundsatz nicht darauf ankommt, wie beschwerlich die Leistung ist und was vorhersehbar war oder nicht vorhergesehen werden konnte. Der Vertrag oder das Recht können aber Feinjustierungen vornehmen.
- In Bezug auf welche Risiken haben die Parteien im Vertrag ausdrücklich oder konkludent eine Regelung herbeigeführt?
 - In Bezug auf solche Risiken kann das Vertragswerk zwei Dinge tun. Zunächst kann die Regelung klare Verhältnisse bezüglich der Risikotragung schaffen. Der Vertrag wird also klarstellen, wer das Risiko trägt. Wer das Risiko trägt, muss für den Fall, dass es eintritt, auch entsprechende Vorkehrungen treffen es zu bewältigen. Sodann kann der Vertrag Regelungen dazu treffen, ob das entsprechende Risiko entweder in dem vereinbarten Vertragspreis oder in der nachgelassenen Bauzeit bereits berücksichtigt ist, oder ob es erforderlich ist, den Baupreis oder die Bauzeit anzupassen. Billigkeit und Erfahrung können es nahelegen, abgestufte Regelungen zu treffen.

²³³ Metropolitan Sewerage Com'n v. R.W. Const., 241 N.W.2d 371, 376 (Wis. 1976).

²³⁴ Metropolitan Sewerage Com'n v. R.W. Const., 241 N.W.2d 371, 376 (Wis. 1976).

- Haben die Parteien bestimmte Fragen bewusst oder unbewusst offen gelassen?
 - Für solche Risiken musste weder der Besteller noch der Unternehmer eine Vorkehrung treffen. In den meisten Fällen wird der Gesetzgeber aushelfen, in dem er eine Risikozuweisung vornimmt. Geschieht das nicht, mag im Einzelfall eine gerichtliche ergänzende Vertragsauslegung helfen.

Beruht der Vertrag auf einer systematischen Risikoanalyse mit nachfolgender Risikoverteilung ist das Feld für das Claim Management abgesteckt. Das Vertragswerk wird relativ präzise Ansprüche regeln, und zwar in Bezug auf die tatbestandlichen Voraussetzungen (z.B. unvorhergesehene Baugrundbedingungen) und die Rechtsfolge (Kostenerstattung ohne Gewinnaufschlag). In der Praxis hat es sich jedoch bewährt, angemeldete vertragliche Ansprüche ein Verfahren durchlaufen zu lassen, in dem geklärt wird, ob es sich wirklich um Ansprüche oder bloße Behauptungen handelt. Die Parteien wollen in der Regel nicht abwarten, wie die Gerichte Jahre später, nach dem sich die anspruchsbegründenden Dinge ereignet haben, über einen möglichen Anspruch urteilen werden und sich dann in diesem Verfahrensumfeld an Substantiierungsanforderungen, Beweisführung etc. erinnern. Folglich regelt das Vertragswerk Anzeigepflichten, Substantiierungspflichten und Beweisanforderungen, damit der behauptete Anspruch frühzeitig einer sachkundigen Prüfung oder Vorprüfung unterzogen werden kann, die spätere, streitige Auseinandersetzungen auf unsicherer Tatsachengrundlage entbehrlich macht.

Der Begriff Claim Management drückt präzise aus, was vorstehend erläutert wurde²³⁵. Die Parteien erwerben im internationalen Kontext keine Ansprüche im Sinne des § 194 BGB, die sie zu gegebender Zeit (unter Berücksichtigung bestimmter Anzeigepflichten) geltend machen bzw. verfolgen können. Stattdessen obliegt es den Parteien, ihre möglichen Rechte und Ansprüche zügig anzumelden, zu substantiieren und einer Prüfung zuzuführen. Erfüllt die betroffene Partei die materiellen Anspruchsvoraussetzungen, ohne den Weg zu beschreiten und die Verfahrensanforderungen einzuhalten, den bzw. die das Vertragswerk vorgibt, um den behaupteten Anspruch einer Prüfung zuzuführen, entsteht kein Anspruch. Man mag diese Rigorosität im Lichte der §§ 305 ff. BGB beklagen und Anstoß an kurzen Anmelde- und Substantiierungspflichten sowie strengen Beweisanforderungen nehmen, doch muss man sich vor Augen führen, dass diese Bedingungen die spätere Prozessführung erleichtern, weil vollständige und zeitnahe Aufzeichnungen über alle anspruchrelevanten Umstände vorliegen, die einen substantiierten Prozessvortrag und geordnete Beweisantritte ermöglichen²³⁶. Wer das nicht will, muss sich nicht über ruinöse überlange Verfahren vor Schiedsgerichten und staatlichen Foren beklagen. Die international üblichen Verträge konzipieren ein Claim Management, das vor Gerichten so beschrieben wurde, dass es darauf ausgerichtet ist, überlange Verfahren zu vermeiden und eine Klärung herbeizuführen, solange der Sachverhalt allen Beteiligten präsent ist und unmittelbarer Zugang zu den Beweismitteln besteht²³⁷.

²³⁵ Im angelsächsischen Sprachraum wird der Begriff Claim üblicherweise in dem Sinne der *Behauptung eines Rechts* verstanden, das noch kein Recht ist. Die Behauptung des Rechts gehört zu den Anspruchsvoraussetzungen. Fehlt die Anzeige des behaupteten Anspruchs, fehlt ein den Anspruch begründendes Tatbestandsmerkmal, nicht etwa nur die Klagbarkeit. Soweit zusätzlich die Einhaltung von Fristen gefordert wird, sind auch die Fristen einzuhalten.

²³⁶ Siehe zu zeitnahen Aufzeichnungen und ihrer Bedeutung im FIDIC Vertrag die karibische Entscheidung *National Insurance Property Development Co Ltd v. NH International (Caribbean) Ltd*, High Court of Trinidad and Tobago, Urteil vom 21.10. 2009 (Claim No CV2008-04881), IBR 2010, – Hök; Attorney General v. Forbes IBR 2006, 1107 – Hök (Supreme Court Falkland Islands).

²³⁷ Attorney General v. Forbes IBR 2006, 1107 – Hök (Supreme Court Falkland Islands).

Daran ist im Kern nichts Falsches, auch wenn es im ersten Augenblick beschwerlich erscheinen mag und AGB Puristen keinen Einklang mit dem Leitbild des Gesetzgebers zu erkennen vermögen.

- 62** International gebräuchliche Vertragswerke enthalten deshalb robuste Verfahrens- und Bewertungsregeln. (1) Üblicherweise müssen behauptete Ansprüche binnen einer relativ kurzen Frist zumeist schriftlich angezeigt werden. Der Anspruch muss identifizierbar beschrieben werden. Diese Anzeigepflicht erfüllt ein wichtiges Informationsinteresse der anderen Seite, die möglicherweise eigene Beweise erheben möchte oder Maßnahmen zur Anspruchsreduzierung in Erwägung ziehen will. Diese Ziele sind in der angelsächsischen Praxis anerkannt und erfüllen nach Auffassung angelsächsischer Gerichte eine wichtige Aufgabe²³⁸. (2) Der Anspruchsprätendent muss sodann seinen Anspruch begründen und geeignete Beweismittel vorlegen. Häufig soll auch dies binnen einer vertraglich vorgesehenen Frist geschehen. (3) Viele Vertragswerke schreiben ferner besondere zeitnahe Aufzeichnungen vor²³⁹, die von der anderen Seite eingesehen werden können, um zeitnah die Übereinstimmung mit der eigenen Wahrnehmung überprüfen zu können. (4) Zögerliche und unvollständige Anspruchs begründungen können zum Nachteil des Anspruchsprätendenten gewürdigt werden. (5) In die Bewertung können auch unterlassene Warnmeldungen einbezogen werden. (6) Sodann wird der vollständig begründete Anspruch möglichst kurzfristig gewürdigt und in einer vorläufig bindenden Entscheidung dokumentiert. Manche Vertragswerke regeln auch dafür eine Frist. (7) Schließlich sehen immer mehr international übliche Verträge einen Mechanismus zur zügigen Überprüfung dieser vorläufig bindenden Entscheidungen vor, die entweder unter dem Begriff Dispute Adjudication oder dem Begriff Dispute Review bekannt sind.
- 63** Sachlich wird häufig zwischen den Folgen einer einseitig veranlassten Leistungsänderung und den unmittelbaren Folgen einer vertraglich vorausgesetzten Preis- oder Zeit Anpassung unterschieden. Zu letzteren gehören auch alle gesetzlichen Anspruchsgrundlagen, die neben den unmittelbar vertraglich begründeten Ansprüchen verfolgt werden können. Change Orders oder auch Variation Orders (Leistungsänderungen oder leistungsändernde Anordnungen) bedürfen einer vertraglichen Autorisierung. Anderenfalls sind sie vertragswidrig. Leistungsänderungen, die auf der Grundlage und im Rahmen des Vertrages angeordnet werden, bedürfen einer Bewertung. Sie kann entweder auf der Grundlage der vorhandenen Bewertungskriterien, wie z.B. einem Leistungsverzeichnis mit Einheitspreisen, erfolgen oder es wird die angemessene Vergütung geschuldet, wenn der Vertrag keine speziellen Bewertungsmaßstäbe regelt. Soweit der Vertrag jedoch bestimmte Situationen antizipiert, die sich auf den Baupreis oder die Bauzeit auswirken, verweisen die Klauseln häufig nicht auf die Bewertungsregeln für Change Orders. Stattdessen regelt der Vertrag die Rechtsfolgen (Claims im engeren Sinne) abschließend, entweder in Anlehnung an Schadensersatzbestimmungen aus dem anwendbaren Recht oder eigenständig. Viele Vertragswerke rekurren auf das Cost Plus System, d.h. der Unternehmer

²³⁸ Johnson Const. v. Rugby Municipal Airport, 492 N.W.2d 61, 63 (N.D. 1992) (discussing change of contract price provision); Clark-Fitzpatrick, Inc./Franki Foundation Co. v. Gill, 652 A.2d 440, 447 (R.I. 1994) (same); Multiplex Constructions (UK) Ltd v. Honeywell Control Systems Ltd (No. 2) [2007] EWHC 447 (TCC) (06 March 2007); siehe aber Shepherd v. United States, 113 F. Supp. 648, 651–52 (Ct. Cl. 1953), wonach Anzeigepflichten in Bezug auf erschwerte Baugrundbedingungen im Kostensenkungsinteresse des Staates liegen, so dass der Unternehmer seine Ansprüche nicht verliert, wenn er Anzeigefristen nicht einhält.

²³⁹ Siehe zur Auslegung einer derartigen Klausel: National Insurance Property Development Co Ltd v. NH International (Caribbean) Ltd, High Court of Trinidad and Tobago, Urteil vom 21.10. 2009 (Claim No CV2008-04881), IBR 2010 -Hök.

erhält in solchen Fällen entweder nur die echten Kosten (erstattet), wobei die Vertragswerke häufig Gemeinkosten als Kosten verstehen. Gelegentlich wird ein Aufschlag bezahlt, der entweder als Gewinn bezeichnet wird, ohne ihn zu definieren, oder schlicht eine Pauschale umfasst. Die Existenz dieser Ansprüche hängt weitgehend von der Risikoverteilung im Vertrag ab. Ihre Natur ist vertraglich. Es handelt sich um gekürzte Ansprüche, die keine direkten Vorbilder in gesetzlichen Vorschriften oder Leitentscheidungen haben. Das Vertragswerk gewährt diese Ansprüche auch nur unter besonderen weiteren Voraussetzungen, die einer typischen angelsächsischen Betrachtungsweise entsprechen. Alle Ansprüche, die sich aus dem Vertrag oder in Verbindung mit dem Vertrag ergeben (wobei insofern schon die Verwendung des Begriffs Anspruch anstatt des englischen Begriffs „Claim“ irreführend ist) müssen in einem geordneten Verfahren geltend gemacht werden, ohne dessen Einhaltung die Existenz des Anspruches quasi undenkbar ist. Fristen, Beweisforderungen, Substantiierungsgrade etc. sind Anspruchsvoraussetzungen und keine Ausschlussfristen. Ausgehend vom Begriff „Claim“, der letztlich nur beschreibt, dass jemand ein Recht behauptet, vorgetragen oder angemeldet hat, jedoch noch nicht einschließt, dass ein solches Recht auch tatsächlich besteht, muss der Claim erst weitere Schritte durchlaufen, bevor er zum Recht erstarkt. Unter einem FIDIC-Vertrag ist diese Erstarkung erst abgeschlossen, sobald der Engineer (siehe Klausel 3 FIDIC) den Anspruch verfahrensgemäß gemäß Vertrag festgestellt hat.

Das internationale Claim Management umfasst nicht nur geldwerte Ansprüche. Auch das Bauzeitmanagement erfordert ein Claim Management. Die angelsächsische Vertragspraxis hat ein komplexes System zur Bauzeitverwaltung entwickelt, das in einem engen Kontext zum Thema Haftung für Bauzeitüberschreitung steht. Die angelsächsische Rechtsprechung erachtet Vertragsstrafklauseln für unwirksam, weil sie sie für unbillig hält und es an einer Gegenleistung fehlt. Stattdessen wird in der angelsächsischen Praxis mit pauschalisierten Schadensersatzansprüchen (*Liquidated Damages*) für Bauzeitüberschreitung gearbeitet (vgl. Unterklausel 8.7 FIDIC 1999), wobei vorausgesetzt wird, dass die Pauschale auf einer (angemessenen) Schätzung des zukünftigen Schadens beruht, die bei Vertragsschluss vorgenommen wurde. Diese Ansprüche verwirkt der Unternehmer, wenn er die Bauzeit überschreitet, ohne dass es auf ein Verschulden ankäme. Gleichzeitig verstehen die angelsächsischen Gerichte die Vereinbarung einer Bauzeit als eine Art Leistung des Bestellers, der dem Unternehmer die vereinbarte Bauzeit effektiv zur Verfügung stellen muss²⁴⁰. Verkürzt der Besteller die Bauzeit, in dem er den eigenen Beitrag verspätet erbringt oder zusätzliche Leistungen verlangt, muss die Bauzeit verlängert werden, um den Verlust von Ansprüchen auf *Liquidated Damages* zu verhindern. Allerdings wird es weithin für hinreichend erachtet, dass der Vertrag ein effektives System zur Bauzeitverlängerung zur Verfügung stellt, das es grundsätzlich ausschließt, dass der Unternehmer in die Haftung für Bauzeitüberschreitung genommen werden kann, sofern der Besteller die Bauzeit verkürzt (z.B. durch eine Leistungsänderung) oder das Risiko einer Bauzeitverkürzung vertraglich übernommen hat (z.B. das Risiko unvorhergesehener Baugrundbedingungen).

2. Management-Ansatz. Das Claim Management ist naturbedingt eine Tätigkeit, in der juristische Kenntnisse hilfreich sind. Es kommt nicht unbedingt darauf an, vertiefte juristische Kenntnisse zu besitzen, sondern sich einen Denkansatz aufzuerlegen, der es

²⁴⁰ Vgl. Wells v. Army & Navy Co-operative Society (1902) Hudson's Building Contracts, 4th ed. 346; siehe aber auch die Rechtsprechung in Südafrika: Group Five Building Ltd. v. Minister of Community Development (449/91) [1993] ZASCA 75; 1993 (3) SA 629 (AD) (28 May 1993).

erleichtert, die jeweiligen vertraglichen oder außervertraglichen Ansprüche aufzufinden und vertragsgerecht zu verfolgen. In der **ersten Stufe** ist der zu verfolgende Anspruch und das einzuhaltende Verfahren zu identifizieren. Hilfreich ist, sich über die unterschiedlichen Rechtsfolgen im Vertrag klar zu werden. Die meisten Bauverträge sehen Vertragspreisanpassungen, Ansprüche auf Kostenerstattung und zusätzlichen Gewinn, Schadensersatz und Bauzeitverlängerung vor, die in einem geordneten Verfahren geltend zu machen sind. Hat man die Rechtsfolge identifiziert, ist im **zweiten Schritt** im Vertrag eine Klausel zu suchen, die die begehrte Rechtsfolge regelt, sobald die in der Klausel beschriebenen Voraussetzungen vorliegen. Dabei sind **drittens** sämtliche Anspruchsvoraussetzungen aufzuklären, auch die verfahrensrechtlichen. Sämtliche Voraussetzungen sind anschließend vorzutragen und (möglichst mit Urkunden oder ähnlichen Beweismitteln) zu beweisen. Sämtliche Anforderungen an die im Vertrag geforderte anspruchsspezifische Dokumentation von Aufwand und Kosten sowie zusätzlicher Zeit sind fortwährend einzuhalten. Da die etablierten Ansprüche in einem geordneten Verfahren aufzuklären, zu begründen und einer Entscheidung zuzuführen sind, müssen die vorstehenden Aufgaben nach Maßgabe der vertraglichen Verfahrensanforderungen bewältigt werden. Eine Fristenkontrolle ist oftmals unvermeidlich. Der Unternehmer muss ein Management aufbauen, das in der Lage ist, die juristische Leistung im Verbund mit Ingenieurleistungen und Kalkulationsfachleuten zeitnah zu erbringen. Eingehende Informationen müssen laufend auf ihre Relevanz für das Claim Management geprüft werden. Der Vertragsadministrator (z.B. der FIDIC Engineer) muss seinerseits sämtliche Verfahrensschritte des Anspruchsprätendenten würdigen sowie den angemeldeten Anspruch inhaltlich prüfen.

§ 6 Internationales Architekten- und Ingenieurrecht

Schrifttum

Allery, Overseas Supply, London 2000; Glavinis, Le contrat international de construction, Paris 1993; Huet, Droit de l'architecture, Paris 2001; 304; Kartzke, Internationaler Erfüllungsgerichtsstand bei Bau- und Architektenverträgen, ZfBR 2994, 1; Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 6. Auflage, München 2004; Looschelders, Internationales Privatrecht, Heidelberg 2003; Murdoch/Hughes, Construction Contracts, 3. Auflage, London 2000; Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 7. Auflage, Köln 2010; Steinle, Konkludente Rechtswahl und objektive Anknüpfung nach altem und neuem deutschen Internationalen Vertragsrecht, ZVglRWiss 93 (1994); Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, 1998; Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Paris 2003; Werner/Pastor, Bauprozess, 12. Auflage, Neuwied 2008; Wirtz, Architektenvertragsmuster – Ein neuer Weg, BauR 2003, 1121

Inhaltsübersicht

I. Einleitung.....	1	III. Zustandekommen des Vertrages	20
1. Der internationale Markt	1	IV. Wirksamkeit des Architektenvertrages	22
2. Berufsausübungsbeschränkungen	3	V. Inhalt des Architektenvertrages.....	23
3. Aufgabenstellung	4	VI. Preisrecht	25
4. Der Charakter der Leistungen	14	VII. Erfüllung.....	28
II. Anwendbares Recht.....	16	VIII. Leistungsstörungen.....	29
1. Die Rechtswahl kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen	17	IX. Ergänzende Haftung	30
a. Ausdrückliche Rechtswahl.....	17	X. Checkliste für Architekten- und Ingenieurverträge	31
b. Konkludente Rechtswahl	18	XI. FIDIC White Book-Client-Consultant Model Services Agreement.....	32
2. Hypothetischer Parteiwille	19		

I. Einleitung

1. Der internationale Markt. Deutsche und europäische Architekturbüros spielen auf der internationalen Bühne eine eher untergeordnete Rolle. Führend sind US-amerikanische Firmen. Die Gründe hierfür liegen zum einen in der Struktur europäischer Architekturbüros zum anderen in der traditionell starken lokalen und nationalen Protektion der Architekten in Europa. Zwar existiert mittlerweile ein geöffneter europäischer Markt für Architektenleistungen, doch in dem traditionellen Tätigkeitsfeld der Genehmigungsplanung bestehen zahlreiche Zulassungsbeschränkungen für ausländische Architekten. In Frankreich ist das Berufsrecht im Gesetz vom 3. Januar 1977 geregelt¹. Das Gesetz hat den französischen Architekten die Möglichkeit eröffnet, sich in Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu assoziieren und angestellte Architekten zu beschäftigen². In England ist lediglich die Berufsbezeichnung des Architekten geschützt³. Im Übrigen herrscht dort vollkommene Liberalität der Berufsausübung. Doch hat der Architekt wesentliche Aufgaben an die Zunft der **Quantity Surveyor** verloren⁴.

Die Internationale Vereinigung der Architekten (Union Internationale des Architectes-UIA) vereinigt 108 Länder und wurde im Jahre 1948 in Lausanne gegründet. Satzungsgemäß beschäftigt sich die UIA damit, die Beziehungen der Architekten untereinander zu vertiefen und einen intellektuellen, beruflichen und wissenschaftlichen Gedankenaustausch zu pflegen.

¹ Vgl. § 36 127 ff., 132 f.

² Huet, Droit de l'architecture, 586.

³ Vgl. § 50 136 ff.

⁴ Vgl. Huet, Droit de l'architecture, 587.

- 3 **2. Berufsausübungsbeschränkungen.** Die Ausübung des Architektenberufes im Ausland ist kein einfaches Unterfangen. Der Architekt steht zunächst vor der Frage, ob er seinen Beruf im Zielland überhaupt ausüben darf. Die diesbezügliche Handhabung ist international sehr unterschiedlich. Während in einigen Ländern keinerlei Berufsausübungsbeschränkungen existieren (z.B. in England), bestehen in anderen monopolartige Verhältnisse, die es ausländischen Architekten praktisch unmöglich machen, in ihrem angestammten Berufsfeld tätig zu werden (Frankreich, Belgien, Deutschland). Ferner sind die Rahmenbedingungen für die Berufsausübung von Land zu Land verschieden. Die planungsrechtlichen und bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen müssen von Land zu Land aufgeklärt werden. Dabei erweist es sich schnell, dass die Planungsinstrumentarien, die Anzahl der einzuholenden Genehmigungen und mit den in Deutschland erlernten Denkstrukturen nur unzulänglich erschlossen werden können. Der ins Ausland strebende Architekt steht quasi vor einem beruflichen Neuanfang.
- 4 **3. Aufgabenstellung.** Es sollte von vornherein nicht das Missverständnis aufkommen, das Internationale Architekten- und Ingenieurrecht erschöpfe sich in der Diskussion um den Internationalen Anwendungsbereich der **HOAI**. Denn auch die Aufgabenstellung an die Architekten und Ingenieure variiert von Land zu Land erheblich.
- 5 Vor allem in den Ländern des Common Law herrschen Design & Build-Verträge vor. Der ausschließlich planende Architekt oder Ingenieur ist nicht (mehr) gefragt. Er hat vielmehr seine Planung tatsächlich umzusetzen. Neue Vertragstypen haben sich herausgebildet. Beim sog. **Management Contracting** übernimmt der Architekt oder Ingenieur alle Arbeiten mit dem Ziel, diese vermittels vollständiger eigenhändiger Vergabe bis zur Fertigstellung zu managen⁵. Auf gleicher Ebene beschäftigt der Bauherr weitere Architekten und Ingenieure mit spezifischen Planungs- und Überwachungsaufgaben. Beim **Construction Management** kontrahiert der Bauherr dagegen direkt mit allen wesentlichen Leistungserbringern⁶. Auf gleicher Ebene beschäftigt er allerdings einen **Construction Manager**. Allerdings wird die Terminologie uneinheitlich verwendet. Mischformen sind verbreitet. Es kommt die Übernahme von Teilleistungen zur Eigendurchführung und Subvergabe genau so vor wie die vollständige Übernahme aller Leistungen, so dass der Architekt oder Ingenieur als Generalunternehmer (entrepreneur général) auftritt⁷. Noch weitergehend sind Aufträge, die die schlüsselfertige Herstellung des Vorhabens zum Gegenstand haben⁸. Industrieanlagen werden gelegentlich sogar mit dem Zusatz „produits en main“ oder „product in hand“ vergeben⁹. Schließlich kann der Auftrag sogar die Abnahme des mit der Anlage herzustellenden Produkts durch den Auftraggeber bzw. eine Garantie für die Abnahme umfassen¹⁰. Zu den klassischen Consultant Aufgaben gehören nach wie vor das Projektmanagement, wenn gleich insoweit finanzstarke Bauunternehmen auf den Markt drängen, ferner die Bauüberwachung und spezielle Aufgaben wie die des **Quantity Surveyors**. Consultant Leistungen können sich erstrecken auf:

⁵ Mudoch/Hughes, Construction Contracts, 57.

⁶ Mudoch/Hughes, Construction Contracts, 71.

⁷ Cass.com., 07.06.1994, D. 1994, inf. rap. 182; vgl. Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 410.

⁸ Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 423.

⁹ Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 443.

¹⁰ Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 448.

Technische Assistenz bei der Umsetzung von Bauvorhaben: Sie umfasst typischerweise unter anderem die Verpflichtung sicherzustellen, dass das Vorhaben professionell, effizient und optimal koordiniert wird. Dazu gehört es, organisatorische Unterstützung in Bezug auf die Einhaltung der Bauzeit und die finanzielle Abwicklung zu geben. Ergänzend wird die Mitwirkung im täglichen Management und insbesondere beim Anspruchsmanagement geschuldet. Der Consultant soll schließlich als eine Art Bindeglied zwischen den bauüberwachenden Ingenieuren und oder Architekten, involvierten Unternehmen und deren Verantwortlichen mitwirken. Einzelne Leistungsbilder sind:

6

- Sicherstellung einer raschen und effizienten Umsetzung des Bauablaufprogramms in Übereinstimmung mit dem Vertrag und der technischen Beschreibung.
- Technische Beratung
- Überwachung der projektbezogenen Verträge und ihrer Abwicklung
- Kommunikation mit den verschiedenen Vertretern der Baubeteiligten
- Erstellung von Projektberichten
- Identifizierung von Projektrisiken

Typische Aufgabenfelder der technischen Assistenz folgen aus den projektspezifischen Risiken, die in dem Vertragswerk entweder beschrieben werden oder aber schlicht tatsächlich existieren, wie z.B. das Risiko von Kostensteigerungen und Budgetüberschreitungen, das Risiko von Bauzeitverlängerungen und eventueller Terminuntreue. Die Tätigkeit umfasst die Dokumentation des Bauablaufs und das Berichtswesen, die Überwachung der Bauzeit mit dem Ziel einer termingerechten Fertigstellung, die Budgetüberwachung mit dem Ziel der Budgeteinhaltung, die Qualitätsüberwachung mit dem Ziel hohe Qualitätsstandards zu erreichen, Überwachung des Personal- und Materialeinsatzes, Identifizierung von Risiken und Risikobewältigungsmaßnahmen, Überwachung der Vergaben und Einhaltung des Vergaberechts, Management von Ansprüchen und Assistenz in Streiterledigungsverfahren.

Eine derartige Aufgabenstellung geht zumeist mit einer allgemeinen Verpflichtung zu sorgfältigem, effizientem und ökonomischen Verhalten einher.

Bauüberwachung: Vertragswerke für Bauüberwachungsleistungen können z.B. folgende Formulierungen enthalten:

7

Throughout the construction project, the consultant shall provide the General Administration of the other services in connection with the carrying out of the works.

Für Vorhaben, die nach FIDIC-Bauverträgen abgewickelt werden, haben sich zwischenzeitlich spezifische Leistungsbilder entwickelt. Sie umfassen, inter alia:

(1) Leistungen vor der Bauphase, wozu gehören:

- a. Genehmigung der Versicherungspolizen gemäß den Bedingungen des Bauvertrages
- b. Genehmigung des Qualitätssicherungsplans
- c. Unterstützung der Kommunikation zwischen den Baubeteiligten vor Beginn der Arbeiten, Teilnahme an vorbereitenden Baustellenbesprechungen, etc.
- d. Sicherstellen, dass Umweltschutzaufgaben aus dem Vertragswerk eingehalten werden
- e. Sicherstellen, dass z.B. Planungen für die baubegleitende Wasserversorgung oder die baubegleitende Bewältigung des Verkehrsaufkommens erstellt werden

- f. Mitwirken bei der Festlegung der Referenzpunkte und Höhen und Prüfung der Leistungen Dritter
 - g. Genehmigung der Herkunft von Materialien, die vom Unternehmer eingesetzt werden sollen
- (2) Administration der Bauleistungsverträge, wozu gehören,
- a. Finanzmanagement und wirtschaftliche Überwachung der Bauverträge
 - b. Fortwährende Verfolgung der unternehmerseitig zu erstellenden Bauablaufprogramme und des Cash-flow
 - c. Warnungen in Bezug auf Änderungen im geplanten Mittelabfluss
 - d. Aufmaßerstellung und Massenaufzeichnungen
 - e. Tägliches Berichtswesen in Bezug auf Baustellenereignisse
 - f. Führung eines Baustellentagebuchs
 - g. Monatliche Berechnung der ausgeführten Massen
 - h. Monatlicher Vergleich des tatsächlichen und geplanten Bauablaufs
 - i. Vorbereitung der Bescheinigungen für Abschlagszahlungen und Schlusszahlungen (Mitwirkung an Zahlungsfreigaben)
- (3) Genehmigung der Bauablaufprogramme, Baumaterialien und Baumethoden, wozu gehören
- a. Genehmigung der Baustelleneinrichtung
 - b. Genehmigung nicht dauerhaft importierter Ausrüstung
 - c. Genehmigung baubegleitenden Planungen, wie zum Verkehrswegeplanung und Wasserversorgungsmaßnahmen
 - d. Genehmigung von Subunternehmern
 - e. Genehmigung von SiGeKo
 - f. Genehmigung von Bauablaufprogrammen
 - g. Genehmigung der Absteckungen
 - h. Genehmigung von Betonierplänen etc.
 - i. Genehmigung von Muster für die Zahlungsabwicklung und anderer Dokumente, die für das Vertragsmanagement erforderlich sind
 - j. Genehmigung eventueller Planungsleistungen
- (4) Unmittelbare Bauüberwachung und Überwachung des Baufortschritts
- a. Inspektion der Arbeiten und Prüfung, ob die Leistungen mit den Spezifikationen und Zeichnungen übereinstimmen
 - b. Anordnung und Genehmigung von Tests in Bezug auf Materialien und Arbeiten
 - c. Kontrolle von verwendeten Materialien
 - d. Untersuchung auf Aufmaß von Arbeiten, die später nicht mehr geprüft und aufgemessen werden können
 - e. Tägliche Dokumentation von Baustellenereignissen und Baustellenfortschritten mit Aufmaß zum Zwecke der Zahlungsabwicklung
 - f. Prüfung und Anordnung von Beschleunigungsmaßnahmen
 - g. Einrichten eines wöchentlichen/monatlichen Berichtswesens
 - h. Teilnahme an öffentlich-rechtlichen Baustellenbesichtigungen
 - i. Vornahme von vorläufigen Abnahmen
 - j. Berechnung von Schadensersatzansprüchen für Bauzeitüberschreitung
 - k. Überwachung und Inspektion der Arbeiten während der Mängelanzeigefrist
 - l. Überprüfung und Genehmigung des Qualitätssicherungssystems

- m. Prüfung und Entscheidung über Claims bzw. Vorbereitung von diesbezüglichen Entscheidungsvorschlägen
- n. Überwachung der Einhaltung aller Regeln zur Baustellensicherheit
- o. Erteilung der Abnahmebescheinigung
- p. Prüfung von Bestands- und Revisionsplänen

(5) Technische Mitwirkung während der Bauphase, namentlich

Prüfung von Planungsvorschlägen des Unternehmers im Rahmen von Leistungsänderungen oder zur Vorbereitung von Leistungsänderungen

(6) Vorbereitung der abschließenden Berichte

Derartige Leistungen werden üblicherweise auf der Grundlage des FIDIC White Book vergeben, wobei es allerdings zahllose hybride Formen dieses Vertragswerkes gibt. Üblicherweise werden für diese Leistungen Pauschalpreise ausbedungen. Das Vertragswerk sieht basierend auf der Ausschreibung Präsenzpfllichten für spezielle Leistungserbringer vor, wie z.B. den im Vertrag benannten Engineer und den Spezialisten für das Vertragsmanagement.

Projektmanagement: Projektmanager verstehen ihre Aufgabe zumeist darin, ein Berichtswesen zu organisieren, ohne Entscheidungskompetenzen und -verantwortung zu übernehmen. Typischerweise umfassen die Leistungen eines Projektmanagers eine Projektanalyse, die Planungssteuerung und die Auswahl des Projektteams, den Aufbau einer Organisationsstruktur, die Steuerung des Finanzierungsprozesses und der Budgetbildung, die Steuerung der Vergabephase einschließlich Angebotsanalyse, die Mitwirkung bei der Vertragsadministration und die Koordinierung des Berichtswesens. Im Einzelnen lassen sich folgende Leistungen identifizieren:

8

- Einrichtung eines Berichtswesens und Entwickeln von Berichtsanforderungen für die Beziehung zwischen dem Besteller und den Beratern.
- Beteiligung an der Auswahl des Baugrundes, an der Entscheidung über die Vergabeform (z.B. Design, Bid, Build oder Design & Build) und Einrichtung einer Vertretung des Bauherrn
- Mitwirkung an der Auswahl und Verpflichtung des Beraterteams
- Managen und koordinieren aller Berater
- Entwicklung und Management des genehmigten Bauablaufprogramms und Budgets
- Überprüfung und Ergänzung der Projektziele
- Abliefern regelmäßiger Berichte und Ausarbeitung von Vorschlägen
- Leiten von Businessplanstudien
- Vorbereiten, managen, koordinieren und sicherstellen von Vertragsdokumenten
- Bewertung von Angeboten und Erarbeitung von Vergabevorschlägen
- Sicherstellen eines geeigneten Qualitätssicherungssystems einschließlich nachhaltiger Baustellenbesprechungen und Risikomanagementvorkehrungen
- Vertretung des Bestellers als Überwacher
- Management der Inbetriebnahme
- Überprüfung von Berichtswesen in Bezug auf Leistungsparameter
- Übernahme der Berichterstattung und Schlussbewertung nach Inbetriebnahme (zumeist 12 Monate nach Inbetriebnahme)

Standardverträge für solche Leistungen haben etwa die Association for Project Management als „Standard Terms for the Appointment of a Project Manager“ oder die Asso-

ciation of Construction Project Managers als „Client/Project Manager Agreement“ (Oktober 2001) herausgegeben. Letztere regeln in typischer Weise: „The Project Manager shall exercise reasonable skill, care and diligence in providing the Scope of Services (Unterklause 3.2)“, was bedeutet, dass er lediglich für Fahrlässigkeit einzustehen hat, wenn nicht die Natur des Vertrages einen anderen Haftungsstandard vorgibt.

- 9 Kaum eine Aufgabe nimmt der Projektmanager selbst wahr. In der Regel übt er sie zusammen mit einem direkt Verantwortlichen (Architekt, Quantity Surveyor oder Fachplaner) aus, der ihm berichten muss. Sämtliche Projektbeteiligten berichten folglich dem Projektmanager. Projektbeteiligte sind auf der Planungs- und Managementebene häufig Quantity Surveyor, Planer, Fachplaner, Finanzierungsspezialisten, Projektsteuerer, Vermietungs- und Vermarktungsspezialisten etc. Eine solche Organisationsstruktur geht vielfach an den Bedürfnissen für ein effektives und dem Bauvertrag angemessenes Management vorbei. Der im Bauvertrag vorgesehene Vertragsadministrator, der gemäß Bauvertrag die Aufgaben der Bewertung von Leistungen und Leistungsständen, der Anordnung von Leistungsänderungen und der Feststellung bzw. Bewertung und Festlegung ihrer Folgen sowie auch die Aufgabe der Beurteilung von Ansprüchen, die sich aus dem Vertrag und in Verbindung mit dem Vertrag ergeben, übernimmt, wird faktisch zum Weisungsempfänger einer Vielzahl von Beratern, ohne echte eigene Entscheidungsspielräume, obgleich er formal für alle vorstehend aufgelisteten Aufgaben verantwortlich ist und haftbar gemacht werden kann. Der Projektmanager weigert sich in der Praxis häufig, die formale Verantwortung als Vertragsadministrator (Engineer nach FIDIC oder Project Manager nach NEC3) zu übernehmen. Seine einzige wirklich werthaltige Aufgabe liegt darin, Fehler der anderen Projektbeteiligten aufzudecken und Beweise zu sichern. Eine echte Leistungskoordination erfolgt im Zweifel nicht.
- 10 **Quantity Survey:** Üblicherweise ist der Quantity Surveyor verantwortlich für:
 - Kostenmanagement und -kontrolle
 - Kostenschätzung einschließlich der Vorbereitung von Massenverzeichnissen
 - Unabhängige Prüfung der Ingenieurkostenschätzungen
 - Kostenplanung und Gewährleistung, dass sich die Vorangebotsschätzung innerhalb des genehmigten Budgets bewegt
 - Überwachung der finanziellen Entwicklung einschließlich der Leistungsänderungen und der Kosten für Unvorhergesehenes
 - Identifizierung der möglichen Verbindlichkeiten (bei Fertigstellung)
 - Mitwirkung an der Projektauswertung nach Fertigstellung
- 11 Auf dem internationalen Parkett fallen häufig auch Fragen des Grundstücksrechts in Aufgabenbereich der Architekten und Ingenieure¹¹. Zudem müssen inländische Architekten und Ingenieure lernen, dass ihre Vergütung exakt kalkuliert und verhandelt werden muss, da die HOAI praktisch nicht durchsetzbar ist. Statt dessen kommen u.a. Honorare in Form einer prozentualen Beteiligung an den Baukosten¹², in Form des Systems „cost plus fee“, in Form von Pauschalpreisen oder in Form einer Vergütung, die sich an der errichteten Geschossfläche orientiert¹³. Schließlich sind die Haftungssysteme in den verschiedenen Staaten grundverschieden.

¹¹ Vgl. Huet, Droit de l'architecture, 637.

¹² Vgl. Guidelines Selection and employment of consultants by World Bank Borrowers, Rn. 4.4.

¹³ Vgl. Huet, Droit de l'architecture, 637, 638.

Das Berufsbild der Ingenieure wird von jeher weniger dogmatisch betrachtet, als das der Architekten. Wettbewerb ist den Ingenieuren weltweit geläufig, weil sie unter keinen expliziten Protektionismus fallen. Gleichwohl unterscheiden sich die Aufgabenstellungen und Herangehensweisen für Architekten und Ingenieure international ganz erheblich. Aus englischer Sicht erfüllen Architekten und Ingenieure ihre Aufgabe entweder als Beauftragter des Bauherren oder als Vertragsadministrator mit einer eigenen beruflichen Meinung, die sie auf der Grundlage der vertraglichen Vorgaben zu fassen haben. In letzterem Falle wird die Rolle des Architekten oder Ingenieurs sinngemäß wie folgt beschrieben¹⁴:

12

„Der Bauherr und der Unternehmer sollen ihren Vertrag mit dem Verständnis schließen, dass der Architekt oder Ingenieur in allen diesbezüglichen Angelegenheiten in einer fairen und unparteiischen Weise handelt und dass es deshalb dem Vertrag zwischen dem Bauherrn und dem Architekten oder Ingenieur innewohnen muss, dass dieser nicht nur mit der gebührenden Sorgfalt und Fertigkeit sondern dass er solche Entscheidungen fair treffen soll, so dass die Balance zwischen seinem Kunden und dem Unternehmer gewahrt bleibt.“

Damit verpflichten sich Architekten und Ingenieure, in Übereinstimmung mit dem Bauvertrag tätig zu werden¹⁵. Andererseits kann sich der Architekt oder Ingenieur im Verhältnis zum Bauherrn nicht auf den Bauvertrag berufen, dessen Partei er nicht ist¹⁶. In dieser etwas konfliktträchtigen Aufgabenstellung und mit dieser Grundeinstellung werden Architekten und Ingenieure im Common Law-Bereich eingesetzt (vgl. ICE-Verträge, AIA-Verträge, NEC3-Verträge, MF/1-Verträge oder auch FIDIC-Verträge). Die Bezeichnungen, unter denen die Berufsträger tätig werden, variieren von Vertrag zu Vertrag. In den FIDIC-Vertragswerken ist es entweder der Employer's Representative (Silver Book, Gold Book) oder der Engineer (Red Book, Yellow Book); in AIA Verträgen ist es entweder der *Architect* oder neuerdings der *Initial Decision Maker*¹⁷.

13

Anhaltspunkte für die international übliche Vertragspraxis ergeben sich aus den Guidelines der Weltbank für „Selection and employment of consultants by World Bank Borrowers“ und aus den dazugehörigen von der Weltbank empfohlenen Vertragsbedingungen. Zu den in den Guidelines erwähnten „Consultants“ gehören auch Architekten und Ingenieure¹⁸. Zu ihren Leistungsbildern gehören die oben unter Rn. 5b aufgelisteten Aufgaben.

14

4. Der Charakter der Leistungen. Architekten und Ingenieure sind nicht immer austauschbar. Verfügen sie über spezifisches Fachwissen, sind ihre Leistungen als höchstpersönlich (**intuitu personae**) zu qualifizieren¹⁹. Dies kann Auswirkungen auf die Haftung der Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft, die Abtretbarkeit von Forderungen aus solchen Verträgen sowie die Möglichkeit zur Vergabe von Subaufträgen haben²⁰. In der Praxis kommen häufig spezielle Klauseln vor, die die Subvergabe und die Abtretung an besondere Genehmigungen knüpfen²¹.

15

¹⁴ Sutcliffe v. Thackrah [1974] 727, 737.

¹⁵ Glavinis, Le contrat international de construction, Rn. 479.

¹⁶ Glavinis, Le contrat international de construction, Rn. 479.

¹⁷ Siehe Brunder ICLR 2010, 375.

¹⁸ Vgl. <http://www.worldbank.org>.

¹⁹ Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 11.

²⁰ Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 11, 515.

²¹ Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 11.

II. Anwendbares Recht

- 16** Die Parteien eines Architektenvertrages können das anwendbare Recht entweder frei wählen (Art. 27 EGBGB, Art. 3 Rom I) oder die Rechtswahl offen lassen²². Dann ergibt sich das Vertragsstatut aus Art. 28 EGBGB a.F. oder Art. 4 Rom I.
- 17** **1. Die Rechtswahl kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.**
a. Ausdrückliche Rechtswahl. Rechtswahlvereinbarungen sind weitgehend unproblematisch. Es reicht aus, dass die Parteien auf ein bestimmtes Recht Bezug nehmen und es vereinbaren. Sie können das anwendbare Recht auch erst nachträglich vereinbaren oder abändern²³. Die Auslegung der Abänderungsvereinbarung kann allerdings ergeben, dass die Abänderung nicht rückwirkend gewollt war. Dies führte im Fall einer Vereinbarung, die sachlich unter das SteuerberaterG fiel, dazu, dass das nach dem deutschen SteuerberaterG bestehende Verbot von Erfolgshonoraren nicht zur Anwendung kam. Insoweit wendete das Gericht das ursprüngliche (kuwaitische) Recht an²⁴. Auf diese Weise ließe sich auch die Anwendbarkeit der HOAI verneinen, wenn die Parteien erst nachträglich das deutsche Recht vereinbaren. Andererseits legt die Entscheidung auch die Gefahren derartiger Nachtragsvereinbarungen offen, denn im Ergebnis wies das LG die Honorarklage ab, weil der Anspruch nach deutschem Recht verjährt war²⁵. Die nachträgliche Rechtswahlvereinbarung war also im Ergebnis schädlich.
- 18** **b. Konkludente Rechtswahl.** Nach Art. 27 Abs. 1 S. 2 EGBGB a.F. ist für eine konkludente Rechtswahl erforderlich, dass sich die Rechtswahl „mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles“ ergibt. Welche Umstände hinreichende Indizien dafür sind, dass die Parteien stillschweigend eine Rechtswahl getroffen haben, hängt vor allem von der Zahl und der Bedeutung der relevanten Indizien ab²⁶. Haben die Parteien des Architektenvertrages parallel einen zweiten Vertrag über Bauleistungen für das selbe Vorhaben abgeschlossen, ist das Vertragsstatut des zweiten Vertrages ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Parteien des Architektenvertrages auch diesen Vertrag dem deutschen Vertragsrecht unterstellen wollten, jedenfalls sofern die Leistungen aufgrund beider Verträge für dasselbe Bauvorhaben in Deutschland erbracht werden sollen²⁷. Dagegen ist die fehlende Vereinbarung der HOAI allenfalls von geringer indizieller Bedeutung für die Beurteilung einer konkludenten Rechtswahl, weil die HOAI nicht Gegenstand des Schuldstatuts im Sinne des Art. 32 Abs. 1 EGBGB a. F. ist²⁸. Die HOAI gilt als zwingendes Preisrecht des öffentlichen Rechts unabhängig von einer Rechtswahl der Vertragsparteien²⁹. Die Vereinbarung der deutschen technischen Regeln ist ein weiteres maßgebliches Indiz für die Wahl des deutschen Rechts, denn die deutschen technischen Vorschriften betreffen den Inhalt der von dem Architekten geschuldeten Leistung³⁰ und damit eine vom Schuldstatut

²² Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, Rn. 1089.

²³ LG Essen RIW 2001, 943 = IPRax 2002, 396 = IPRspr. 2001 Nr. 29.

²⁴ LG Essen RIW 2001, 943 = IPRax 2002, 396 = IPRspr. 2001 Nr. 29.

²⁵ LG Essen RIW 2001, 943 = IPRax 2002, 396 = IPRspr. 2001 Nr. 29.

²⁶ Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, Rn. 1089; Steinle, ZVGIRWiss 93 (1994), 300, 310.

²⁷ BGH NJW 2001, 1936 = MDR 2001, 686 = BauR 2001, 979 = ZfBR 2001, 309 = NZBau 2001, 333.

²⁸ BGH NJW 2001, 1936 = MDR 2001, 686 = BauR 2001, 979 = ZfBR 2001, 309 = NZBau 2001, 333.

²⁹ BGHZ 154, 110 = BGH ZfBR 2003, 367 = BGH MDR 2003, 683 mit Anm. Hök BauRB 2003, 76; Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rn. 90.

³⁰ Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, Rn. 1094.

erfasste Frage³¹. Von untergeordneter Bedeutung sind der Abschlussort und die vereinbarte Währung der Vergütung³².

2. Hypothetischer Parteiwille. Lässt sich ein übereinstimmender Parteiwille nicht feststellen, darf nicht auf den sog. hypothetischen Parteiwillen oder den Erfüllungsort rekurriert werden³³, so wie dies vor 1986 der Fall war³⁴. Maßgeblich ist allein, welches Recht nach Art. 28 EGBGB a.F. berufen ist, mit welchem Recht der Architektenvertrag die engsten Beziehungen hat (Art. 28 Abs. 2 EGBGB). Das ist aus deutscher Sicht in der Regel das Recht des Staates, in dem der Architekt seinen Sitz hat³⁵. Wenn also ein ausländischer Architekt mit der Planung eines Bauvorhabens in Deutschland beauftragt wird, findet auf den Vertrag im Zweifel das am Sitz des Architekten geltende Schuldrecht Anwendung³⁶. Allerdings kann trotzdem die HOAI einschlägig sein³⁷. Aus französischer Sicht hat der Architekten- und Ingenieurvertrag die engsten Beziehungen mit dem Ort der Baustelle³⁸. Die Cour d'Appel Beyrouth hat auf einen Architektenvertrag zwischen einem libanesischen Auftraggeber und einem italienischen Architekten für ein Vorhaben in Saudi Arabien libanesisches Recht angewendet³⁹.

III. Zustandekommen des Vertrages

Das Zustandekommen eines Architektenvertrages richtet sich gemäß Art. 31 Abs. 1 EGBGB a.F. und Art. 10 Rom I nach dem voraussichtlichen Vertragsstatut des Architektenvertrages, d.h. die Voraussetzungen des Vertragsschlusses ergeben sich aus dem Recht, das anwendbar wäre, wenn ein Vertrag zustande gekommen wäre.

Beispiel: Die Parteien streiten darüber, ob der Architekt sein Angebot vor Vertragsschluss widerrufen durfte oder nicht. Nach deutschem Recht ist er zunächst gebunden (§§ 145, 147 BGB), nach englischem Recht nicht. Hat der Architekt seinen Sitz in England, kann er widerrufen, weil sein Recht anwendbar ist (Art. 28 Abs. 2 EGBGB, Art. 4 Abs. 1 Rom I).

Eine Ausnahmeregelung enthält Art. 31 Abs. 2 EGBGB (Art. 10 Abs. 2 Rom I) für solche Fälle, in denen das Zustandekommen des Vertrages davon abhängig ist, ob das Schweigen des anderen Vertragspartners als Annahme gewertet werden kann. Gelegentlich treten zu den allgemein bekannten und weltweit akzeptierten Grundsätzen des Vertragsschlusses (Angebot und Annahme) weitere Erfordernisse hinzu, wie z.B. die „consideration“ nach common law⁴⁰. In England fasst man unter den Begriff Bauvertrag auch Verträge über die Leistungen von Architekten und Ingenieuren, so dass der Architektenvertrag den Mindestinhalt des **Housing Act 1996** haben muss⁴¹.

³¹ BGH NJW 2001, 1936 = MDR 2001, 686 = BauR 2001, 979 = ZfBR 2001, 309 = NZBau 2001, 333.

³² BGH NJW 2001, 1936 = MDR 2001, 686 = BauR 2001, 979 = ZfBR 2001, 309 = NZBau 2001, 333.

³³ Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, Rn. 1089.

³⁴ OLG München BauR 1986, 242.

³⁵ Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, Rn. 1090.

³⁶ OLG Brandenburg OLG-NL 2002, 3 = BauR 2002, 119.

³⁷ BGHZ 154, 110 = BGH ZfBR 2003, 367 = BGH MDR 2003, 683 mit Anm. Hök, BauRB 2003, 76.

³⁸ Glavinis, Le contrat international de construction, Rn. 644; Cass.civ., 15.06.1982, JDI 1983, 602.

³⁹ CA Beyrouth, 04.07.1967, JDI 1972, 92 zitiert nach Glavinis, Le contrat international de construction, Rn. 645.

⁴⁰ Allery, Overseas Supply and Installation Contracts, Rn. 6-06; vgl. hierzu auch § 50 7.

⁴¹ Vgl. dazu § 50 76, 124.

- 21 In Deutschland bedürfen Architekten- und Ingenieurverträge wegen § 7 HOAI (2009) der Schriftform. Mangels Schriftform ist die Vereinbarung nichtig⁴². Trotzdem wird der Architekten- oder Ingenieurvertrag als wirksam behandelt, mit der Maßgabe, dass dann die Mindestsätze nach der HOAI vereinbart sind⁴³. In Fällen mit Auslandsbezug richtet sich nach Art. 11 EGBGB, welche Formvorschriften zu beachten sind. Gemäß Art. 11 Abs. 1 EGBGB muss entweder die Form der *lex cause* oder die Form des Staates erfüllen, in dem das Geschäft vorgenommen wird. Bei Distanzgeschäften genügt (Art. 11 Abs. 2 EGBGB), dass alternativ die Formerfordernisse eines Ortsrechts erfüllt sind⁴⁴. Bedarf daher der Vertrag entweder am Sitz des Auftraggebers oder am Sitz des Auftragnehmers keiner Form, ist er wirksam⁴⁵. Das Formerfordernis aus § 4 HOAI bezweckt vor allem die Sicherung der Rechtsklarheit⁴⁶. Doch soll die Formvorschrift der HOAI daneben auch die Begrenzung des Preisanstiegs absichern helfen⁴⁷. Diese besondere Zielrichtung der HOAI kann jedoch im Lichte des Art. 11 EGBGB nur untergeordnete Bedeutung erlangen, denn Art. 11 EGBGB soll das Formrisiko im internationalen Geschäftsverkehr minimieren⁴⁸. Dass die HOAI im Übrigen (d.h. preisrechtlich) gesondert anzuknüpfen ist, ist in Ansehung der Form nach hiesiger Auffassung unbeachtlich.

IV. Wirksamkeit des Architektenvertrages

- 22 Die Wirksamkeit des Architektenvertrages beurteilt sich ebenfalls nach dem Vertragsstatut (Art. 31 Abs. 1 EGBGB a.F.). Zu denken ist insoweit vor allem an Bedingungen, Befristungen, Widerrufsrechte sowie an Regelungen zur Sittenwidrigkeit und Rechtswidrigkeit von Verträgen⁴⁹. Insbesondere Widerrufsvorbehalte sind gelegentlich bedeutsam, weil sie etwa bei Baumaßnahmen in Frankreich zwingender Bestandteil des Bauvertrages sein können⁵⁰. Zunehmend bedeutsam sind Regelungen, die die Korruption sanktionieren. Verträge, die dazu dienen, einen Beamten zu bestechen, sind z.B. nach Common Law nichtig⁵¹. Teilweise sind auch Vereinbarungen, die eine Verpflichtung zur Verhandlungsführung enthalten problematisch. Solche Klauseln (*subject to negotiation in good faith, or subject to mutual agreement*) kommen in der Praxis häufig vor, wenn und weil sich die Parteien bei Vertragsschluss nicht über alle Aspekte einigen wollten oder konnten. Das Common Law erkennt solche Verpflichtungen nicht generell an⁵².

V. Inhalt des Architektenvertrages

- 23 Der ausdrückliche Inhalt des Architektenvertrages wird von den Regelungen des Vertragsstatutes überlagert. Zwingendes Recht kann der Vertrag ohnehin nicht abändern. Dispositives Recht greift lückenfüllend. Aus deutscher Sicht entscheidet das Schuldstatut auch darüber, ob der Architekt technische Standards einhalten muss, die, obwohl im Baustellenrecht nicht zwingend vorgeschrieben, am Baustellenort üblicherweise beach-

⁴² BGH BauR 1989, 222; BGH BauR 1985, 582; OLG Stuttgart BauR 1981, 404.

⁴³ Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, § 4 Rn. 20.

⁴⁴ Looschelders, IPR, Art. 11 Rn. 27.

⁴⁵ BGHZ 121, 224, 235; Looschelders, IPR, Art. 11 Rn. 27.

⁴⁶ Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, § 4 Rn. 8.

⁴⁷ Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, § 4 Rn. 8.

⁴⁸ Looschelders, IPR, Art. 11 Rn. 16.

⁴⁹ Looschelders, IPR, Art. 31 Rn. 6.

⁵⁰ Z.B. Finanzierungsbedingung des französischen Code de la Consommation: siehe § 36 134.

⁵¹ Lord Major of Dublin v. Hayes [1876] 10 IRCL 226.

⁵² Allery, Overseas Supply and Installation Contracts, Rn. 6-11.

tet werden⁵³. Solche Regelungen gehören zum Vertragsinhalt⁵⁴. Zwingende technische Vorschriften des Baustellenortes sind dagegen über das Baustellenrecht zu beachten⁵⁵. Insoweit hilft ggf. Art. 34 EGBGB a.F.⁵⁶.

Von besonderer Bedeutung ist der Umfang der Verantwortung, die der Architekt oder Ingenieur auf der Baustelle übernimmt. Die französische Cour de Cassation hat z.B. entschieden, dass der Architekt dem Bauherrn für Schäden verantwortlich ist, die von Subunternehmern des Generalunternehmers verursacht werden. Der Architekt hatte eingewendet, die schadensträchtigen Arbeiten seien von einem Subunternehmer ausgeführt worden, die nicht seiner Überwachungsaufgabe unterfielen⁵⁷. Insoweit sei allein der Generalunternehmer zur Verantwortung zu ziehen. Die Cour de Cassation entschied, dass der Architekt nicht von seiner Überwachungspflicht in Bezug auf das Vorhaben dadurch befreit war, dass der Generalunternehmer Subunternehmer einsetzte⁵⁸. Unzweifelhaft fallen derartige Fragen unter das Vertragsstatut, so dass der deutsche Architekt oder Ingenieur bei Anwendbarkeit des französischen Rechts die Gesamtverantwortung übernimmt.

24

VI. Preisrecht

Schrifttum

Hök, HOAI; Preisbindung im Geschäft mit Auslandsberührung, BauRB 2003, 76; Hök, Zur Preisautonomie bei Architekten- und Ingenieurleistungen mit und ohne Auslandsberührung, BauR 2002, 1471; Quack, Europarecht und HOAI, ZfBR 2003, 419; Wenner, Internationales Kollisionsrecht der HOAI und EG-rechtliche Folgen, ZfBR 2003, 421

Im internationalen Wettbewerb um Architekten- und Ingenieuraufträge sind für die Praxis Orientierungslinien wichtig. In Deutschland übernimmt diese Aufgabe die HOAI. Die HOAI ist nicht allein deshalb anwendbar, weil deutsches Recht vereinbart wird oder ex lege anzuwenden ist⁵⁹. Andererseits kann sie anzuwenden sein, wenn ausländisches Recht Vertragsstatut ist. Wann aber gilt nun die HOAI, wenn sie nicht vereinbart wird? Das war bis zum Inkrafttreten der HOAI 2009 unklar. Der BGH⁶⁰ vertrat, die HOAI sei nicht Gegenstand des Vertragsstatuts, sondern sie gelte als zwingendes Preisrecht des öffentlichen Rechts unabhängig von einer Rechtswahl der Vertragsparteien⁶¹.

25

Allerdings ist diese Betrachtungsweise unscharf und wenig lösungsorientiert. Der BGH wendete die HOAI 2002 an, wenn Leistungen für ein inländisches Bauvorhaben erbracht wurden. Gilt dies aber auch für den Fall, dass der Bauherr und der Architekt im Ausland ansässig sind? Was ist mit den inländischen Architekten und Ingenieuren, die im Ausland tätig werden wollen? Es wird deutlich, dass der BGH Fragen offen ließ.

⁵³ A.A. wohl Münchener Kommentar/Martiny, BGB, 4. Auflage, Art. 28 EGBGB Rn. 155, der insoweit eine Anknüpfung über Art. 32 Abs. 2 EGBGB a.F. empfiehlt.

⁵⁴ Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, Rn 1094.

⁵⁵ Münchener Kommentar/Martiny, BGB, 4. Auflage, Art. 28 EGBGB Rn. 193; Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, Rn 1094.

⁵⁶ Münchener Kommentar/Martiny, BGB, 4. Auflage, Art. 28 EGBGB Rn. 193; Reithmann/Martiny/Thode, Internationales Vertragsrecht, Rn 1094.

⁵⁷ Glavinis, Le contrat international de construction, Rn. 479.

⁵⁸ Cass.civ., 25.10.1977, Bull.civ. 1977 III n° 352.

⁵⁹ BGH ZfBR 2003, 367 = BGHZ 154, 110 = BGH MDR 2003, 683 mit Anm. Hök, BauRB 2003, 76, zustimmend Wenner ZfBR 2003, 421, 422.

⁶⁰ BGH ZfBR 2001, 309–310; BGH ZfBR 2003, 367 = BGHZ 154, 110 = BGH MDR 2003, 683 mit Anm. Hök, BauRB 2003, 76.

⁶¹ Thode/Wenner, Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht, Rn. 90.

- 26 Dies liegt daran, dass der BGH nur eine Einzelfallentscheidung zu fällen hatte. Fraglich ist, ob die vorbenannte Entscheidung verallgemeinerungsfähig ist. Dem BGH ist beizupflichten, dass Art. 34 EGBGB a.F. keine Kollisionsregel enthält und dass eine solche für die HOAI zu entwickeln ist⁶². Der BGH hat aber lediglich eine **einseitige** Kollisionsregel formuliert, der zufolge die Mindestsatzregel für Leistungen gilt, die für ein im Inland gelegenes Bauwerk erbracht werden. Wäre der Satz als **allseitige** Kollisionsregel zu verstehen, die an die Lage des Bauwerks anknüpft, bestünde für die inländischen Architekten und Ingenieure im Wettbewerb um im Ausland belegene Aufträge keine Bindung an die HOAI mehr. Dass der BGH seine Rechtsprechung so konsequent weiterentwickeln wird, ist zu bezweifeln, weil er die HOAI auch als Regelung der Berufstätigkeit der Architekten und Ingenieure versteht und die Verletzung der HOAI berufsrechtlich geahndet werden kann⁶³. Zu bezweifeln ist jedoch, dass die einseitige Kollisionsregel des BGH praktisch durchsetzbar ist. So mag zwar ein Interesse daran bestehen, dass Architekten- und Ingenieurleistungen für inländische Bauvorhaben der HOAI unterliegen, doch dürfte sich die HOAI nicht durchsetzen lassen, wenn die Vertragsparteien im Ausland ansässig sind, insbesondere nicht vor ausländischen Gerichten. Vorzuziehen ist deshalb eine **marktorientierte** Anknüpfung der HOAI⁶⁴. Eine derartige Anknüpfung führt dann zur Anwendbarkeit der HOAI, wenn sich der Auftrag spürbar auf den Inlandsmarkt für Architektenleistungen auswirkt. Keine spürbare Marktwirkung hätten Aufträge, die von deutschen Auftraggebern im Ausland vergeben werden oder solche eines ausländischen Auftraggebers an einen ausländischen Architekten in Bezug auf ein inländisches Bauvorhaben. Ähnliche Ansätze sind im Berufsrecht der Rechtsanwaltschaft vorhanden. Um einen lückenlosen Schutz der Rechtssuchenden sicherzustellen, ist es nach Auffassung des OLG Stuttgart⁶⁵ grundsätzlich erforderlich, die Tätigkeit von ausländischen Rechtsberatern im Inland den Regelungen des Rechtsberatungsgesetzes zu unterwerfen. Dies gilt auch dann, wenn im Geltungsbereich des Gesetzes keine Niederlassung oder Zweigstelle unterhalten wird. Für die Anwendung des Rechtsberatungsgesetzes besteht jedoch dann keine Veranlassung, wenn sich der (Wohn-)Sitz des die Beratung oder Besorgung in Anspruch nehmenden Mandanten ebenfalls im Ausland befindet.
- 27 Die neuere BGH-Rechtsprechung⁶⁶ machte darauf aufmerksam, dass die BGH Rechtsprechung (bzw. die HOAI) europarechtswidrig sein könnte⁶⁷. Immerhin führte die BGH-Rechtsprechung dazu, dass ausländische Architekten und Ingenieure, die an Inlandsvorhaben beteiligt sind, zwingend der HOAI unterlagen, auch wenn Vertragsstatut ausländisches Recht war⁶⁸. Die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG verbietet es, Architekten und Ingenieuren mit (ausschließlichen) Sitz im Ausland die Anwendung der HOAI vorzuschreiben. Die VKR (Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004) sieht vor, dass bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen die Zuschlagskriterien nicht die Anwendung nationaler Bestimmungen beeinträchtigen dürfen, die die Vergütung bestimmter Dienstleistungen, wie beispielsweise die Vergütung von Architekten, Ingenieuren und Rechtsanwälten, regeln⁶⁹. Das scheint darauf hinzudeuten, dass man in Brüssel lokales Preisrecht respektieren will.

⁶² So auch Wenner ZfBR 2003, 421, 422.

⁶³ BVerwG NJW-RR 1999, 1542–1543.

⁶⁴ Eingehend Hök, BauR 2002, 1471 ff.

⁶⁵ OLG Stuttgart 2001, 204–206.

⁶⁶ BGHZ 154, 110 = BGH ZfBR 2003, 367, 368.

⁶⁷ Zur Verfassungsmäßigkeit der HOAI siehe BVerfGE vom 26.9. 2005, – 1 BvR 82/03.

⁶⁸ Vgl. BGHZ 154, 110 = BGH ZfBR 2003, 367.

⁶⁹ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 47 der VKR.

Präzisierungen finden sich in der EuGH Rechtsprechung. [Gebührenordnungen, die sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erstreckt, im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EGV zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten geeignet ist⁷⁰.] Allerdings läuft es nach Auffassung des EuGH den Art. 10 EGV, 81 EGV und 82 EGV nicht zuwider, wenn ein Mitgliedstaat eine Norm erlässt, die auf der Grundlage eines von einer berufsständischen Vertretung [von Rechtsanwälten] erarbeiteten Vorschlags eine Gebührenordnung genehmigt, die eine Mindestgrenze für die Honorare der Mitglieder der Rechtsanwaltschaft festlegt, von der grundsätzlich ebenso wenig bei Leistungen, die diesen Mitgliedern vorbehalten sind, wie bei Leistungen abgewichen werden kann, die, wie außergerichtliche Dienstleistungen, auch von jedem anderen, der genannten Gebührenordnung nicht unterworfenen Wirtschaftsteilnehmer erbracht werden können⁷¹. Das Verbot, durch Vereinbarung von den durch die Gebührenordnung festgesetzten Mindesthonoraren abzuweichen, kann den Zugang von in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Marktteilnehmern für Dienstleistungen erschweren und ist somit nach Auffassung des EuGH geeignet, die Ausübung ihrer Dienstleistungstätigkeiten in diesem Mitgliedstaat zu beschränken. Dem EuGH stellt sich folglich dieses Verbot als eine Beschränkung im Sinne von Art. 49 EGV dar. Ein derartiges Verbot kann jedoch gerechtfertigt sein, wenn es zwingenden Gründen des Allgemeinwohls entspricht, geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihm verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist. Aus Sicht des EuGH können allerdings hohe Mindesthonorare die Mitglieder des Berufsstands nicht davon abhalten, minderwertige Dienstleistungen zu erbringen, obwohl nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass solche Honorare helfen, einen Konkurrenzkampf zwischen Marktteilnehmern zu vermeiden, der zu Billigangeboten führen könnte, was das Risiko eines Verfalls der Qualität der erbrachten Dienstleistungen zur Folge hätte⁷².

Die **HOAI 2009** regelt ihren Anwendungsbereich europarechtskonform so: Diese Verordnung regelt die Berechnung der Entgelte für die Leistungen der Architekten und Architektinnen und der Ingenieure und Ingenieurinnen (Auftragnehmer oder Auftragnehmerinnen) mit Sitz im Inland, soweit die Leistungen durch diese Verordnung erfasst und vom Inland aus erbracht werden. Damit soll den europarechtlichen Bedenken Rechnung getragen werden. Gleichzeitig wird eine Inländerdiskriminierung hingenommen.

VII. Erfüllung

Gemäß Art. 32 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB richtet sich die Frage der Erfüllung nach dem Vertragsstatut. Das Vertragsstatut bestimmt, was der Architekt und der Bauherr einander wechselseitig schulden⁷³. Ob die Regeln der Technik und Baukunst des Baustellenlandes oder etwa jene am Sitz des ausführenden Unternehmens zu beachten sind, ist ebenfalls dem Vertragsstatut zu entnehmen⁷⁴. Nach dem Vertragsstatut beurteilen sich auch Fragen nach der Schuldnermehrheit⁷⁵.

28

⁷⁰ Vgl. in diesem Sinne EuGH, Urt. v. 17.10. 1972, *Vereeniging van Cementhandelaren/ Kommission*, 8/ 72, Slg. 1972, 977, Rn. 29, vom 10. 12.1991 in der Rechtssache C-179/ 90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Slg. 1991, I-5889, Rn. 14 und 15, sowie vom 19.2. 2002 in der Rechtssache C-35/ 99, *Arduino*, I-1529, Rn. 33 und vom 5.12.2006 in der Rechtssache C-94/04, *Cipolla*, Rn. 45.

⁷¹ EuGH, Urt. v. 5.12.2006 in der Rechtssache C-94/04, *Cipolla*, Rn. 55.

⁷² EuGH, Urt. v. 5.12.2006 in der Rechtssache C-94/04, *Cipolla*, Rn. 68.

⁷³ Thode/Wenner, *Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht*, Rn. 341.

⁷⁴ Reithmann/Martiny/Thode, *Internationales Vertragsrecht*, Rn 1094.

⁷⁵ Looschelders, *IPR*, Art. 32 Rn. 10.

VIII. Leistungsstörungen

- 29 Das Thema der Leistungsstörungen wird gemäß Art. 32 Abs.1 EGBGB ebenfalls nach dem Vertragsstatut abgehandelt. Lediglich hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserfüllung verweist Art. 32 Abs.2 EGBGB auf das Recht des Staates, in dem die Erfüllung erfolgt. Hierdurch soll den tatsächlichen Gegebenheiten im Erfüllungsstaat Rechnung getragen werden⁷⁶. Unter der Art und Weise sind vor allem Öffnungszeiten, Feiertagsregelungen und Ähnliches zu verstehen⁷⁷. Art. 32 Abs.2 EGBGB erstreckt sich aber auch auf Maßnahmen im Falle einer **mangelhaften Erfüllung**, also auf etwa Rügepflichten und auf Aufbewahrungspflichten⁷⁸. Das Ortsrecht kann also unter Umständen für die Fristenberechnung erhebliche Bedeutung haben. Die neuen Unidroit Principles (2004) wollen solche Probleme bewältigen, in dem sie Feiertage in die Fristenberechnung einbeziehen⁷⁹. Die Mängelgewährleistung ist Teil der Vertragserfüllung und unterliegt mithin gemäß Art. 32 Abs. 1 EGBGB dem Vertragsstatut.

IX. Ergänzende Haftung

- 30 Architekten und Ingenieure stehen auf der Baustelle nicht nur in der vertraglichen Haftung. Der Architekt oder Ingenieur kann tendenziell von beteiligten Unternehmen, Baustellennachbarn, Mitarbeitern der beteiligten Unternehmen sowie unbeteiligten Dritten in Anspruch genommen werden, wenn er Schaden verursacht. Ihr Wirken muss sich ggf. an den außervertraglichen Sorgfalts- und Haftungsstandards messen lassen, die am Baustellenort gelten (Art. 40 EGBGB). Zwar steht der Architekt oder Ingenieur z.B. in keinem Vertragsverhältnis mit dem Generalunternehmer. Doch kann er ggf. außervertraglich in Anspruch genommen werden. In einigen Rechtsordnungen (z.B. Frankreich, Belgien) haftet der Architekt als Garant für die Solidität und die Konstruktion für die Dauer von 10 Jahren. Diese Haftung folgt aus dem örtlichen Recht und schlägt aufgrund des ordre-public-Charakters dieser Normen jedenfalls gegenüber dem deutschen Vertragsstatut durch, wenn die Baustelle etwa in Belgien oder Frankreich belegen ist.

X. Checkliste für Architekten- und Ingenieurverträge⁸⁰

- 31 Folgende Checkliste kann bei Verhandlungen über Architekten- und Ingenieurverträge weiterhelfen:
- Honorarpauschalisierungen⁸¹
 - Baugenehmigungsverfahren: Dauer, Umfang der Planungsvorlagen, etc.⁸²
 - Detaillierte Aufstellung der Anzahl und Art der geforderten Pläne und Studien
 - Beabsichtigte Form der Vergabe der Bauausführungsleistungen⁸³

⁷⁶ Looschelders, IPR, Art. 32 Rn. 11.

⁷⁷ Looschelders, IPR, Art. 32 Rn. 12.

⁷⁸ Looschelders, IPR, Art. 32 Rn. 12.

⁷⁹ Brödermann RIW 2004, 721, 732.

⁸⁰ Vgl. auch Huet, Droit de l'architecture, 624.

⁸¹ Auftraggeber neigen dazu, das Honorar entweder vollständig oder teilweise zu pauschalisieren. Teilpauschalisierungen werden über sogenannte Deckelungen (ceilings) aufgenommen. In solchen Fällen erfolgt die Vergütung z.B. nach Mannstunden. Nach oben wird aber eine „Decke“ eingeführt. Solche Teilpauschalen sind vor allem für die Bauüberwachung und vertragsadministrative Leistungen sehr gefährlich.

⁸² Die Verantwortung für die Erstellung von Planungsunterlagen für die Zwecke der Beantragung einer Baugenehmigung birgt erhebliche Risiken in sich. Die Planungstiefe sollte bei Angebotsabgabe klar definiert sein (ergibt sich aber häufig nur aus einer Verweisung auf das lokale Recht). Geklärt sollte auch sein, ob der Planer besondere persönliche Anforderungen erfüllen muss, damit er planvorlageberechtigt ist.

- Umfang der Bauüberwachungsleistung⁸⁴
- Geltende Vorschriften, die es bei der Projektrealisierung zu beachten gilt
- Auskünfte bzgl. des Standortes der Grundstücke
- Datum der Zurverfügungstellung der Grundstücke
- Grundstückspläne
- Freizügigkeit (Zulassungsbeschränkungen)
- Telefon, Fax
- Wohnmöglichkeiten
- das auf die Verträge anwendbare Steuer- und Abgabenrecht
- Hermes-Deckung, falls erhältlich
- Notwendige und nützliche Versicherungen
- Übermittlung der Vergütung nach Deutschland/Devisentransfer
- Vertragsstrafen (Bauzeit, Baubudget)
- Diverse Garantien und Bürgschaften
- Zölle für Pläne und Projekte
- Haftungsgrenze⁸⁵
- Abnahmevorgang
- Künstlerisches und gewerbliches Eigentum
- Überführung der Technik
- Vertrags-, Kommunikations und Gerichtssprache
- Anwendbares Recht
- Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis
- Bedingungen der Planungsänderungen
- Zusätzliche Studien und Arbeiten
- Abtretung oder Vergabe des Vertrages an Subunternehmer
- Übernahme der Transportkosten
- Häufigkeit der Treffen vor Ort
- Inkrafttreten des Vertrages
- Festlegung der Schieds- bzw. Gerichtsbarkeit

XI. FIDIC White Book-Client-Consultant Model Services Agreement

Im internationalen Geschäft gibt es nicht sehr viele Standardverträge. Ein gebräuchliches Vertragsmuster ist das FIDIC White Book, 4. Auflage, 2006. **32**

⁸³ Art und Umfang der Planungsleistung von Architekten und Ingenieuren sind abhängig davon, wie die Bauausführung vergeben wird. Wird die Planung ganz oder Teilweise vom Unternehmer ausgeführt, sinkt der Planungsanteil des Architekten und/oder des Ingenieurs. Die Planungsschnittstelle sollte daher möglichst exakt definiert werden. Das gilt selbstverständlich auch für die Koordinierung von Architekten und Ingenieurleistungen sowie anderen Fachplanern.

⁸⁴ Der Umfang dessen, was unter dem Titel Bauüberwachungsleistung zu erbringen ist, klärt sich häufig erst dann, wenn der Bauherr über zahlreiche Details entschieden hat: Es muss geklärt werden, (1) ob der Bauherr einen Generalübernehmer beschäftigen möchte oder nicht, (2) ob vergabebedingt Koordinierungsbedarf zwischen verschiedenen ausführenden Unternehmen besteht, (3) ob und welche Entscheidungskompetenzen beim Überwacher liegen (wobei sich solche Kompetenzen häufig aus dem vom Bauherrn verwendeten Bauvertragsmuster ergeben), (4) ob der verwendete Bauvertrag erfordert, dass der Überwacher auch noch nach Fertigstellung des Werkes Befugnisse ausüben soll, (5) ob der Überwacher kommerzielle Aufgaben wahrnehmen soll (Budgetüberwachung und Mittelbeantragung bei der finanzierenden Einrichtung).

⁸⁵ Sie sollte auf die Versicherungsbedingungen abgestimmt werden.

In das Vorwort des FIDIC White Book hätte die Warnung oder der Hinweis aufgenommen werden können, dass in einigen Rechtsordnungen (z.B. in Deutschland, Italien) zwingendes Preisrecht existiert, das vertraglich nicht abbedungen werden kann. In vielen Ländern ist die Tätigkeitsaufnahme für Architekten und Ingenieure gesetzlich reglementiert. Wer für die Beschaffung der Genehmigung, Registrierung etc. verantwortlich sein soll, sollte daher genau festgelegt sein bzw. werden.

In einigen Ländern müssen Architekten und Ingenieure eine Berufshaftpflichtversicherung abschließen, in anderen nicht. Soweit dies der Fall ist, steigt ggf. die Begehrlichkeit Ansprüche gegen Consultants durchzusetzen, und zwar insbesondere dann, wenn der Consultant wie z.B. in Frankreich gesamtschuldnerisch für Fehler des Bauvorhabens haftet. Letzteres bedeutet, dass der ausführende Betrieb und der Consultant gemeinsam auf alles haften. Insbesondere in solchen Ländern, in denen die décennale gilt, wird häufig eine gesamtschuldnerische Haftung vorgesehen sein (vgl. Länderüberblick).

Es erscheint aus Sicht von Auftraggebern sinnvoll, Planungsleistungen und Überwachungsleistungen voneinander zu trennen. Planungsleistungen sind für sich genommen besser mit „due skill and care“ zu erfüllen als Überwachungsleistungen, die dafür sorgen sollen, dass die Bauqualität stimmt. Für letzteres ist eher „*fit for purpose*“ geeignet. Im Übrigen wird so auch in manchen Ländern (vgl. insbesondere Frankreich) differenziert. Wird der Consultant als Subunternehmer eines Design & Build Unternehmers tätig, muss er ggf. den Standard *fit for purpose* akzeptieren.

- 33** Die Leistungsbilder der Consultants variieren von Land zu Land. FIDIC hat kürzlich eigene Leistungsbilder für Planungsleistungen definiert.

Es könnte gelegentlich bezweifelt werden, dass das White Book optimal auf die Bedürfnisse der FIDIC Rainbow Edition abgestimmt ist. Im FIDIC Red Book und im Yellow Book soll der Engineer „Determinations“ erlassen und „Certificates“ ausstellen. Diese spezifischen Aufgaben sollte man m.E. im White Book wieder finden. In Unterklausel 3.1 Red Book heißt es zudem, „The Engineer shall have no authority to amend the Contract“. Auch das sollte man im White Book klarstellen.

- 34** Das White Book regelt unterschiedliche Vergütungsansprüche. Es unterscheidet zwischen normalen Dienstleistungen, besonderen Dienstleistungen und außergewöhnlichen Dienstleistungen, für die jeweils Vergütungsabreden zu treffen sind. In der Praxis wird häufig versucht, Pauschalpreise zu bilden und die Vergütung für besondere Dienstleistungen auszuschließen.

Wird das White Book für die Verdingung von Vertragsadministrationsleistungen im Sinne des FIDIC Red Book oder Yellow Book verwendet, ist eine Pauschalisierung zu vermeiden, weil der Consultant nicht abschätzen kann, wie viel Administrationsaufwand auf ihn zukommen wird. Ferner ist auch zu bedenken, dass der Consultant mit Vertragsadministrationsaufgaben im Sinne des FIDIC Red Book oder Yellow Book reguläre und irreguläre Bauzeitverlängerung sowie die Verlängerung der Defects Notification Period (siehe Unterklausel 11.3 FIDIC Red Book 1999) berücksichtigen muss.

- 35** Neuerdings machen sich z.B. im JCT Major Project Form Klauseln zugunsten Dritter breit. Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass manche Leistungen ohnehin zugunsten Dritter erbracht werden (z.B. Hotelnutzer ist Mieter und nimmt auf die Planung Einfluss, Betreiber der Autobahn nimmt Einfluss, Bank nimmt Einfluss und will Überwachungsberichte). Das JCT MPF hat dafür Klauseln zugunsten Dritter eingefügt. Auch Planungsleistungen können für Dritte oder im Interesse Dritter erbracht werden.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass umfangreiche Klauselwerke für Consultant Leistungen deswegen problematisch sind, weil die Einsicht in die Notwendigkeit solcher Regelungen nicht vorhanden ist und der Kunde gelegentlich keine Lust hat, sich mit umfassenden Regelungen zu beschäftigen. Das führt dazu, dass der Kunde abspringt. Deutsche Consultants, die diese Erfahrung gemacht haben, wollen daher oftmals ein Short Form of Agreement mit den Essentials vereinbaren. Ein solches Short Form kann man liefern, aber man sollte dann Hinweise geben, wo Risiken entstehen. Zu einzelnen Klauseln des White Book: **36**

In den vertraglichen Definitionen findet sich keine Definition zu den relevanten Feiertagen im Baustellenland. Fristen werden aber häufig unterschiedlich berechnet. Das kann ganz erhebliche Probleme hervorrufen. **37**

Wird das FIDIC-Vertragsmuster unverändert in einen Vertrag übernommen, der z.B. dem deutschen Recht unterliegt, muss Unterklausel 3.3.1 aufgrund ihres angelsächsischen Hintergrundes so verstanden werden, als bilde sie lediglich eine bereits bestehende Rechtslage ab. Die Klausel will also keine Haftung mildern, sondern lediglich die bestehende Rechtslage bekräftigen. Unterklausel 3.3.1 dürfte daher nur dann dazu führen, dass tatsächlich der englische Haftungsstandard *skill and care* gilt, wenn das zugrunde liegende Recht (das Vertragsstatut) keine Vertragsqualifizierung vornimmt, wie es das deutsche tut. Nach deutscher Auffassung kann man aus einem Werkvertrag keinen Dienstvertrag machen, ohne die Natur des Vertrages vollständig zu ändern. Man kann jedoch die Erfolgshaftung im Werkvertrag besonders ausgestalten. Zur Klarstellung wäre daher wenigstens der Zusatz „only“ *due skill and care* erforderlich, wenn wirklich eine Art Dienstvertrag gewollt ist. Im Zweifel sollte man aber eine derartige Herangehensweise eingehend besprechen und dann das Leistungsbild so ändern, dass im Ergebnis nur eine sorgfältige Anstrengung geschuldet wird. Im internationalen Einsatz muss der Haftungsstandard der Unterklausel 3.3.1 dagegen häufig verschärft werden, z.B. wenn der Consultant als Subunternehmer eines Design & Build Unternehmers beauftragt wird. **38**

Unterklausel 3.3.2 regelt die Schnittstelle zur Aufgabenstellung des FIDIC Engineer, wie er im FIDIC Red Book und im FIDIC Yellow Book eingesetzt wird. Viele Architekten und Ingenieure, die als Contract Administrator eingesetzt werden, verkennen den Umfang und die Bedeutung dieser Aufgabenstellung. Vor allem die Befugnis zur Entscheidung über Ansprüche aus dem Bauvertrag ist pikant. Ein Hinweis darauf, dass der Consultant in seine Entscheidungen (im Rahmen von Zertifizierung und Determination) einfließen lassen sollte, dass diese von einem DAB und einem Schiedsgericht überprüft werden können (vgl. Unterklauseln 20.4 ff. FIDIC Red Book 1999) und dass er deshalb auch **rechtliche Aspekte** nicht außer Acht lassen sollte, würde der Reduzierung von DAB-Verfahren dienlich sein. Vielfach fehlt es den Consultants schlicht am geeigneten Personal für solche Leistungen. **39**

Unterklausel 5.5 ist im Zweifel wenig geeignet, Zahlungen zu beschleunigen. Entweder es wird geregelt, dass Zahlungen innerhalb einer bestimmten Anzahl von Tagen zu leisten ist, oder es müssen die Konsequenzen einer überfälligen Zahlung geregelt werden. So dürfte die Klausel keine effektive Beschleunigung zur Folge haben. Klausel 5.2.2 ist leider of den Fall von *contested claims* nicht (unmittelbar) anwendbar. Ich gebe zu bedenken, dass die Engländer das Problem des stockenden cash flow dadurch geregelt haben, dass Anordnungen Dritter oder des DAB sofort vollzogen werden können. **40**

- 41 Das Thema von Zahlungseinbehalten und möglicher Gründe für Retention Monies wird in den White-Book-Bedingungen nicht angesprochen.
- 42 Die Haftung ist in Klausel 6 geregelt. Grundsätzlich soll der Consultant nur für die Verletzung der Sorgfaltspflicht aus Unterklausel 3.3.1 eintreten. Unterklausel 6.1.3 (a) lautet: Such compensation shall be limited to the amount of reasonably foreseeable loss and damage suffered as a result of such breach, but not otherwise.
Die Haftung schließt mithin im Zweifel Mangelfolgeschäden ein. Es ist die Frage, ob das gewollt ist? Falls nicht, empfehlen sich Präzisierungen.
- 43 Unterklausel 6.1.3 (c) lautet: If either party is considered to be liable jointly with third parties to the other, the proportion of compensation payable by him shall be limited to that proportion of liability which is attributable to his breach.
Diese Klausel beschränkt die Haftung nur prozentual. Das bedeutet für den Consultant, dass er z.B. bei einem Vorhaben für 1 Mrd. USD ggf. für 100 Mio USD haftet (10% des auf ihn entfallenden Schadens), obwohl sein Auftragsvolumen nur 50 Mio USD beträgt. Das scheint mir keine sinnvolle Regelung zu sein. Natürlich muss die Regelung in Verbindung mit der Haftungshöchstsumme in Unterklausel 6.3.1 gelesen werden. Diese dürfte doch jedenfalls stets ausgeschöpft werden, wenn gesamtschuldnerische Haftung besteht.
Zu bedenken ist, dass die französische Décennale regelmäßig eine gesamtschuldnerische Haftung für Gebäudestandfestigkeit vorsieht. Diese Haftung kann nicht eingeschränkt werden.
- 44 Unterklausel 6.2.1 (Verjährung) könnte im Einzelfall unwirksam sein, wenn das anwendbare nationale Recht längere zwingende Fristen vorsieht. Überdies sollte man ggf. daran denken, die Fristen nicht von der *Defects Notification Period* im FIDIC Red Book, Silver Book und Yellow Book abzukoppeln.
- 45 Es ist nicht verständlich, weshalb für die Consultants Mediation statt Dispute Adjudication vorgeschlagen wird, zumal z.B. in Großbritannien die Adjudication auch und gerade für den Architekten und den Ingenieur zwingend vorgegeben ist.

Handbuch des internationalen und ausländischen
Baurechts

Hök, G.-S.

2012, XLIV, 1714 S. 10 Abb., Hardcover

ISBN: 978-3-642-12999-5