

Vorträge Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 241

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS

Professor Dr. Dr. Dr. h. c. Wilhelm Wengler

em. Professor der Freien Universität Berlin,
Président honoraire de l'Institut de Droit International

IPR-Rechtsnormen und Wahl des Vertragsstatuts

Parteiautonomie im internationalen Privatrecht,
insbesondere unter der Rom-Konvention vom 19.6.1980

Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes
Saarbrücken, den 26. April 1991

IPR-Rechtsnormen und Wahl des Vertragsstatuts

Parteiautonomie im internationalen Privatrecht,
insbesondere unter der Rom-Konvention vom 19.6.1980

In einer Entscheidung vom Februar 1990 hat das Bundesverfassungsgericht¹ große Worte über die Parteiautonomie bei Verträgen zwischen Privatpersonen ausgesprochen. Für den, der die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht untersuchen will, ist daraus wenig herauszuholen, und es erscheint deshalb als nützlich, zunächst einmal ohne Rücksicht auf das positive Recht der einzelnen Staaten die verschiedenen Facetten möglicher Parteiautonomie genauer herauszuarbeiten. Die allgemeine Handlungsfreiheit im Rahmen der gesetzlichen Verbote oder Gebote einer staatlichen Rechtsordnung umfaßt auch die Freiheit, sich über die Absichten, die man bezüglich des zukünftigen Gebrauchs der Handlungsfreiheit hat, gegenüber anderen zu äußern. Damit kommt es keineswegs bereits sofort zu dem, was man Absprache oder Vertrag nennt. Die Erklärung der Absicht, bestimmte rechtlich erlaubte Handlungen zu unterlassen, solange eine andere Person sich entsprechend verhält, kann aber wohl nicht weniger ein "Strukturelement der freiheitlichen Gesellschaftsordnung" genannt werden wie ein Vertrag des BGB. Was für den Rechtsvertrag des Privatrechts wesentlich ist, ist der Umstand, daß hier der Staat bereit ist, durch Druck, nämlich die Realisierung der Haftung der Rechtsgüter der Vertragsparteien, zur Befolgung von Verhaltenspflichten beizutragen, die die Vertragsschließenden selbst aufgestellt und sich kundgegeben haben. Die Möglichkeit, daß

¹ NJW 1990, 1496.

es zur staatlichen Vollstreckung von Rechtsansprüchen "aus dem Vertrag" in das auf dem Staatsgebiet belegene Vermögen einer Partei kommen kann, ist die wichtigste fühlbare Rechtswirkung der Parteiautonomie im Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse.

Es ist indes nicht so, daß der Staat für jeden von den Vertragsparteien aufgestellten Vertragsinhalt Rechtsschutz gewährt: Er verweigert ihn, wenn der Inhalt der vertraglich vorgesehenen Handlungen oder die Umstände des Zustandekommens des Vertrags gegen zwingende Vorschriften des staatlichen Rechts verstoßen. Hierbei zeigt sich zugleich bereits eine andere wichtige Facette der Parteiautonomie, oder besser: ihrer Grenzen. Der Staat kann anordnen, daß jedenfalls gewisse Zusagen von Privatrechtssubjekten über ihr zukünftiges Verhalten staatlichen Rechtsschutz auch gegen den Willen der Parteien genießen, nämlich wenn diese ihren Vertrag als eine nichtrechtliche Absprache verstanden wissen wollen. Die deutsche Rechtsordnung gestattet beispielsweise bei Arbeitsverträgen und Wohnraummietverträgen nur in sehr beschränktem Umfang den Ausschluß der Einklagbarkeit. Unter wirtschaftlich gleich starken Partnern kommt es aber gar nicht selten zu Verträgen über ihr zukünftiges Verhalten, die ausdrücklich als nichteinklagbar erklärt werden, also keine staatliche Rechtshilfe auslösen sollen. Bei solchen Verträgen ist effektiver Druck zur Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Pflichten dadurch möglich, daß bei Nichterfüllung die andere Partei ihrerseits eigene noch nicht erfüllte Verpflichtungen nicht erfüllen kann, und daß potentielle Partner für neue Verträge zurückhaltend sein werden gegenüber jemandem, der bei einem nichtrechtlichen Vertrag ähnlicher Art, insbesondere wenn er von einem privaten Schiedsgericht verurteilt worden ist, seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist. Daß der Staat derartiges duldet, ist eine andere Art von Parteiautonomie als die, mit der man es zu tun hat, wenn der von Privatrechtssubjekten in einem Vertrag gebildete nor-

mative Inhalt mit staatlichem Rechtsschutz versehen wird. Aber auch der nicht mit staatlicher Hilfe erzwingbare Vertrag steht nicht ganz außerhalb der Rechtsordnung: Das zur Erfüllung einer solchen Vertragsverpflichtung notwendige Verhalten kann ein strafbares Verhalten sein; die Ausübung von Druck zur Erfüllung eines Nichtrechtsvertrages kann vom staatlichen Recht in einer Generalklausel über sittenwidriges Verhalten zum Delikt erklärt, oder die erbrachte Leistung als ungerechtfertigte Bereicherung rückgängig gemacht werden.

Parteiautonomie in dem Sinn, daß der Staat mit staatlichem Zwang zur Vertragserfüllung beiträgt, erfordert nicht, daß die Vertragsparteien alle Normen über ihr Rechtsverhältnis selber formulieren. Im Gesetz finden sich eingehende ergänzende Regelungen für das, was die Vertragsparteien nicht selbst festgelegt haben. Das ist wiederum der Ausgangspunkt für eine andere Einschränkung der Parteiautonomie: Zwingende Rechtssätze besagen einerseits, welchen Mindestinhalt die Parteien selbst festlegen müssen, damit ein rechtsgültiger Vertrag entsteht; "zwingende" Rechtssätze besagen andererseits, was die Parteien nicht selbst in ihren Vertrag hineinschreiben dürfen, wenn dafür staatlicher Rechtsschutz erwartet wird.

Die so für die Parteien verbleibende Möglichkeit, nichtzwingendes Gesetzesrecht über den Inhalt ihres staatlich geschützten Vertragsverhältnisses durch anderes zu ersetzen, ist Gegenstand eines weiteren Aspektes der Parteiautonomie und eventueller Beschränkungen derselben: Ob nichtzwingende gesetzliche Regelungen nur durch ausdrücklich abweichende Regelungen seitens der Parteien verdrängt werden können, ob diese Abweichungen einer bestimmten Form bedürfen, dafür kann es wieder zwingende Rechtssätze geben. Gegenstand solcher zwingender Rechtssätze kann es auch werden, ob und inwieweit die Parteien das ergänzende Gesetzesrecht nicht durch selbstfabri-

zierte Texte, sondern durch Verweisungen auf andere Quellen verdrängen können. Solche Verweisungen sind an sich denkbar auf das, was schon in einem anderen Vertrag steht; Verweisungen sind denkbar auf "allgemeine Geschäftsbedingungen", die ein einzelner Vertragspartner aufgestellt hat; Verweisungen sind aber auch denkbar auf altes, außer Kraft gesetztes Recht, wenn dieses den Parteien besser gefällt als das zur Zeit des Vertragsschlusses geltende nichtzwingende Recht; Verweisungen sind denkbar auf Entwürfe für zukünftiges Gesetzesrecht; Verweisungen sind aber auch möglich auf Normen über das Verhalten von Vertragsparteien, die Dritte erfunden haben oder ihrerseits praktizieren; hierher gehören Verweisungen auf die *lex mercatoria*, aber auch Verweisungen auf geltendes oder nicht mehr geltendes Recht anderer Staaten. Ein staatlicher Gesetzgeber kann vernünftige Gründe haben, jedenfalls bestimmte Arten derartiger Verweisungen durch zwingendes Recht für unzulässig zu erklären, wenn er auch im Recht der Schuldverträge soweit geht, wie es der deutsche Gesetzgeber bei Güterrechtsverträgen in § 1409 BGB tut. Sogenannte materiellrechtliche Verweisungen der Parteien auf ausländisches Recht, mit denen gesetzliche Regelungen des Vertragsverhältnisses durch das inländische Recht, welches den Vertrag als rechtswirksam erklärt, verdrängt werden, können ohne Rücksicht darauf erfolgen, ob der ausländische Urheber der Normen diese selbst durch seine Gerichte anwenden lassen würde, sie können aber auch unter eine solche Bedingung gestellt werden.

Vielfach wird es nicht beachtet, daß die Parteien, wenn sie selbst etwas über den Inhalt ihres Vertragsverhältnisses in Abweichung vom nichtzwingenden Gesetz sagen wollen, den durch eine materiellrechtliche Verweisung herangezogenen ausländischen Normen sogar einen Vorrang verschaffen können: Ausländischem Recht kann von den Parteien dieselbe Kraft beigelegt werden, wie es das zwingende Recht des eigentlichen inländischen Vertragsstatuts

haben würde, es sei denn, daß zwingendes Recht des Vertragsstatuts ausgerechnet das Gegenteil vorschreiben würde.

Die Parteiautonomie zur Bildung des Inhalts eines Vertragsverhältnisses in Abweichung vom nichtzwingenden Recht des Staates, das sonst anwendungswillig wäre, durch eigene Texte der Parteien oder durch Verweisungen kann ihrerseits auch Gegenstand von allgemeinen Beschränkungen sein: In vielen Rechten gilt ein wichtiger Satz des Inhaltes, daß die vereinbarten Abweichungen von nichtzwingendem Gesetzesrecht die Regelung des Vertragsverhältnisses nicht wesentlich *unbestimmter* machen dürfen, als es unter der gesetzlichen Regelung der Fall wäre. Mit einer solchen Generalklausel könnte z.B. eine globale Ausschaltung des ergänzenden Gesetzesrechts durch eine parteiautonome Verweisung auf die *lex mercatoria* oder auf "allgemeine Rechtsgrundsätze" unzulässig gemacht werden.²

Insoweit ein staatlicher Gesetzgeber für verschiedene Vertragstypen unterschiedliche zwingende Sätze hat, ist es doch denkbar, daß er den Parteien ermöglicht, einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck durch die eine oder die andere Vertragsart anzustreben: Man kann ein Haus auf bestimmte Zeit für einen laufenden Mietzins zum Bewohnen mieten, wobei zwingendes Mietrecht gilt; man kann aber

² Das Erfordernis der Bestimmtheit oder wenigstens Bestimmbarkeit dessen, was die Parteien in "ihrem" Vertragstext als gewollten Inhalt ihres Rechtsverhältnisses bezeichnen, gilt in den meisten Rechten als so selbstverständlich, daß die Kodifikationen es meist nicht noch zum Ausdruck bringen; andererseits sind die Gerichte zumeist bemüht, einen Vertrag nicht als Ganzes an einzelnen Unbestimmtheiten scheitern zu lassen. Gerade wenn klare gesetzliche Bestimmungen durch globale Verweisungen seitens der Parteien auf vage außerstaatliche Normenkomplexe als verdrängt gelten sollen, wird der staatliche Richter geneigt sein, die Zumutung, eine derartige Klausel als gültig zu halten und anzuwenden, zurückzuweisen. Daß sich unter staatlichen Richtern auch schlechte Juristen finden, die in Klauseln der genannten Art nur die Möglichkeit sehen, eine schnell gefundene subjektive Entscheidung über die Klaganträge einfach und revisions-sicher zu "begründen", darf nicht übersehen werden. Daß viele Schiedsrichter verständlicherweise an solchen Klauseln Gefallen finden, macht es erklärlich, daß die Klauseln zumeist zusammen mit einer Schiedsklausel vorkommen.

auch gegen eine einmalige Zahlung für dieselbe Zeit ein Nießbrauchsrecht erwerben, wobei möglicherweise andere zwingende Normen Anwendung beanspruchen. Auch die Möglichkeit, zwischen solchen Vertragsarten zu wählen, ist ein Aspekt der Parteiautonomie.

Nach Völkerrecht darf ein Staat die Geltung "seines", d.h. von seinem Gesetzgeber geschaffenen Rechts für alle Verträge beanspruchen, bei denen eine objektive Verknüpfung zu ihm besteht, also etwa für alle Verträge über Besitz oder Nutzung inländischer Grundstücke. Das hat zur Folge, daß er für diese Verträge zwingende Rechtssätze bilden darf, und daß er die Ausschaltung von nichtzwingenden Sätzen seines Rechts einschränken kann. Ein Staat darf aber auch nach Völkerrecht sein eigenes Recht durch seine Gerichte anwenden lassen, wenn keinerlei objektive Verknüpfung besteht, aber die Parteien das Recht dieses Staates als Vertragsstatut "haben wollen".

Damit erhält die Parteiautonomie einen neuen Wirkungsbereich. Daß in dem Staat, der seine Gerichte anweist, sein Recht nur wegen der durch die Parteien vorgenommenen Rechtswahl auf das Vertragsverhältnis anzuwenden, anwendungswilliges ausländisches Recht als abgewählt zu gelten hat, mag zunächst als selbstverständlich erscheinen, doch kann gerade dieser Aspekt der Parteiautonomie von dem Staat des gewählten Vertragsstatuts auch wieder eingeschränkt werden.

Verspricht ein Staat seinen Rechtsschutz und die Anwendung seines Rechts, wenn die Parteien eine entsprechende Rechtswahl getroffen haben, und erkennen andere Staaten die implizierte Abwahl ihres Rechts an, so wird sich der erste Staat durch den Gleichheitsgedanken meist genötigt fühlen, auch sein eigenes Recht als abgewählt zu betrachten, wenn die Parteien ein anderes staatliches Recht zum Vertragsstatut gewählt haben. Die Möglichkeit, ein staatliches Recht zum Vertragsstatut zu wählen, kann

sowohl von dem Staat des gewählten Rechts als auch von anderen Staaten durch zwingende Normen eingeschränkt werden: Es kann etwa bestimmt werden, daß nur die Wahl eines Rechtes zulässig ist, bei dem bereits irgendeine objektive, wenn auch "schwache" Verknüpfung besteht. Das Völkerrecht hindert keinen Staat, ein fremdes Recht als gewähltes Vertragsstatut zu betrachten und seine Gerichte zu dessen Anwendung anzuhalten, wenn der Urheberstaat des gewählten Rechts dieses durch seine eigenen Gerichte gar nicht anwenden läßt. Soweit es sich darum handelt, ob die Parteien gesetzliche Bestimmungen des Vertragsstatuts durch selbst gebildete Texte oder materiellrechtliche Verweisungen auf anderweitige Quellen ersetzen können, kann auch ein gewähltes Vertragsstatut etwaige Beschränkungen dieser Möglichkeit selbst anordnen. Die Parteien, die ein staatliches Recht zum Vertragsstatut wählen können, wählen damit auch selbst jedenfalls die anwendungs-willigen zwingenden Normen des Vertragsstatuts mit. Selbst wenn ein anderer Staat die Wahl des Vertragsstatuts anerkennt, hindert ihn dies nicht, dann, wenn eine objektive Verknüpfung zu ihm besteht, einzelne Sätze seines Rechts mit Vorrang vor den Sätzen des gewählten Vertragsstatuts und dem eigenen Text der Parteien durch seine Gerichte anwenden zu lassen. Die parteiautonome Befugnis zu einer mehr oder weniger unbeschränkten Wahl des Vertragsstatuts provoziert geradezu, daß andere Staaten, bei denen eine objektive Verknüpfung vorliegt, einzelnen Bestimmungen ihres zwingenden Rechts durch "Sonderanknüpfung" einen vorrangigen Anwendungsbereich, den ihre Gerichte respektieren müssen, zu schaffen. Damit entsteht nun wieder ein neues Problem, nämlich die Frage, ob auch dritte Forumstaaten, soweit sie nicht selbst eigenes zwingendes Recht durch Sonderanknüpfung anwendbar gemacht haben, sonderangeknüpftes zwingendes Recht anderer Staaten als des Staates, der das Vertragsstatut stellt, ihren Gerichten zur Anwendung vorschreiben können.

Die Parteiautonomie bei Verträgen, für die staatliche Rechtshilfe überall erwartet³ wird, wenn Verknüpfungen zu mehreren Staaten bestehen, hat zur Folge, daß mehrere Staaten den Anspruch erheben können, diesen oder jenen Aspekt der Parteiautonomie einzuschränken. Wie sieht nun die Rom-Konvention der Staaten der Europäischen Gemeinschaft, die der Gesetzgeber der Bundesrepublik in dem Gesetz zur Reform des internationalen Privatrechts von 1986 übernommen hat⁴, die oben entwickelten Aspekte der Parteiautonomie und ihre möglichen Beschränkungen durch die staatlichen Gesetzgeber?

Ist nichts vorhanden, was die Annahme rechtfertigt, daß die Parteien bei Vertragsschluß oder später sich der Möglichkeit einer Wahl des Vertragsstatuts bewußt wären, und sie den Willen hätten, einverständlich eine solche Wahl vorzunehmen, so haben die Signatarstaaten der Rom-Konvention eine gemeinsame Regelung zur Bestimmung dessen, was man - entsprechend der Terminologie des Ehegüterrechts - als "gesetzliche Vertragsstatut" für das behauptete Vertragsrechtsverhältnis zwischen den Parteien nennen kann. Dieses gesetzliche Vertragsstatut kann nach der Rom-Konvention nur durch eine staatliche Rechtsordnung gestellt werden. Diese wird ermittelt durch die

³ Es ist denkbar, wenn auch selten, daß in einem Vertrag die eventuelle Haftung von Vermögensteilen einer Partei ausgeschlossen wird. Denkbar wäre aber auch, daß die Parteien effektiven Rechtsschutz nicht überall, sondern nur in einem Staat oder in wenigen Staaten erstreben, so daß nur in ihr dort belegenes Vermögen vollstreckt werden könnte. Eine solche Vereinbarung könnte in der Weise ergänzt werden, daß die Vertragsschließenden sich verpflichten, das haftende Vermögen nicht in einen anderen Staat zu verbringen, in dem das dort belegene Vermögen vereinbarungsgemäß von der Haftung frei sein soll. Diese denkbare Anwendung der Parteiautonomie tritt derzeit in der Praxis zurück vor der Möglichkeit, daß Verträge namens juristischer Personen geschlossen werden und dabei das Vermögen der "Beherrscher" der juristischen Person aus dem Vertrag nicht haftet oder daß das zur Haftung aus einem Vertrag bestimmte Vermögen einer Partei mit Pfandrechten "belastet" wird.

⁴ Daß die Bundesrepublik Deutschland der Konvention vom 19.6.1980 in einem Mantelgesetz vom 25.7.1986 nur mit der Maßgabe zugestimmt hat, daß Art. 1-21 der Konvention "innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung finden", und der deutsche Richter anstatt dessen die fast gleichlautenden Bestimmungen der Art. 27-36 des IPR-Gesetzes vom 25.7.1986 anzuwenden hat, soll hier nicht weiter erörtert werden.

Verknüpfungen mit dem Staat, zu dem "der Vertrag die engsten Beziehungen" aufweist. Daß die Gerichte in den verschiedenen Signatarstaaten bei dieser Klausel keineswegs automatisch zu demselben Ergebnis gelangen werden, wird wohl von niemandem geleugnet.⁵ Allein diese Ungewißheit darüber, welches staatliche Recht das Vertragsstatut mangels Rechtswahl stellt, mag oft die Parteien veranlassen, von der Möglichkeit der Wahl eines verknüpften, möglicherweise auch gerade der Wahl eines objektiv unverknüpften Rechts Gebrauch zu machen.

Wandelt sich nach dem Vertragsschluß der Stand der Verknüpfungen zu den verschiedenen Staaten, so kommt es zur Ermittlung des Staates, mit dem "der Vertrag" am engsten verknüpft ist, zunächst einmal auf den Zeitpunkt an, zu dem der Vertrag nach dem fraglichen gesetzlichen Vertragsstatut zustande gekommen ist. Aber heißt das, daß das nach der Rom-Konvention zu diesem Zeitpunkt geltende materielle Recht unverändert für das Vertragsverhältnis weiter gilt, wenn der Gesetzgeber des betreffenden Staates es ändert, bevor das konkrete Vertragsverhältnis abgewickelt worden ist? Das ist zu verneinen: Das Recht des gesetzlichen Vertragsstatuts, wie es zur Zeit des Vertragsschlusses gegolten hat, gilt nur nach Maßgabe des späteren intertemporalen Rechts dieses Staates weiter. Führt der betreffende Staat neue Bestimmungen anstelle der bis dahin geltenden Sätze ein, und haben seine Gerichte das neue Recht auch auf alte Verträge anzuwenden, so haben auch die Gerichte der anderen Vertragsstaaten der Rom-Konvention entsprechend zu handeln, es sei denn, daß sie ihre ordre public-Klausel einsetzen, um die Anwendung neuen Rechts auf alte Verträge zu verhindern. Sagen die Parteien ausdrücklich in ihrem Vertrag, daß sie unter dem gesetzlichen Vertragsstatut kontrahieren wol-

⁵ Wird die Ungewißheit über das schon bei der Vertragsabwicklung zu beachtende Recht durch die Vertragsschließenden absichtlich geschaffen oder hingenommen, so fördert dies die Wahrscheinlichkeit eines späteren Rechtsstreites. Meine in Rev.Crit. 1990, 672 ff. ausgesprochene Kritik wird geteilt von Mousseron, Technique Contractuelle, Paris 1988, S. 146.

len, aber dieses Recht nur in dem Stand wünschen, den es zur Zeit des Vertragsabschlusses hat, so kann das gesetzliche Vertragsstatut dies für unzulässig erklären; es kann Rückwirkung von neuem Recht auf alte Verträge zwingend vorschreiben. Art. 3 der Rom-Konvention ermöglicht den Parteien nicht eine Rechtswahl zwischen altem und neuem Recht des gesetzlichen Vertragsstatuts, wenn das letzte intertemporale Recht eine solche Wahl durch zwingende Normen verhindert.

Bei oberflächlicher Lektüre der Rom-Konvention mag man geneigt sein, das gesetzliche Vertragsstatut in denjenigen Sachnormen des engstverknüpften Staates zu sehen, die dieser auf die große Menge derjenigen Verträge anwenden läßt, die nur zu diesem Staat Verknüpfungen aufweisen. Oft aufgrund völkerrechtlicher Verträge, möglicherweise aber auch ohne Vertrag, bilden nun viele Staaten unterschiedliche Sachnormen für homogen verknüpfte Verträge - Normen, die man als das normale Inlandsrecht bezeichnen kann - und einen Teil derjenigen Verträge, die auch mit anderen Staaten Verknüpfungen aufweisen. Bei diesen letzteren Normen kann es sich um eine komplette Spezialregelung einer Vertragsmaterie handeln; oft geht es nur darum, daß für bestimmte heterogen verknüpfte Verträge entweder zusätzliche zwingende Normen zu dem normalen Inlandsrecht gebildet werden, oder daß umgekehrt einzelne zwingende Normen des normalen Inlandsrechts bei gewissen heterogen verknüpften Verträgen nicht gelten sollen. Der Gesetzgeber des gesetzlichen Vertragsstatuts ist frei, ob er den Parteien an einem Vertrag die freie Wahl des normalen Inlandsrechts oder eines solchen Spezialrechts für heterogen verknüpfte Verträge freistellen soll, oder ob er selber zwingend vorschreiben will, daß Spezialrecht maßgebend sein soll. Art. 4 der Rom-Konvention wäre auch ohne Artikel 21 nicht etwa dahin zu verstehen, daß die Vertragsstaaten für heterogen verknüpfte Verträge als gesetzliches Vertragsstatut kein anderes materielles Recht

bilden dürften als das, welches für sie das normale Inlandsrecht darstellt.⁶

Das im Urheberstaat des gesetzlichen Vertragsstatuts intertemporal maßgebende eigene Recht - sei es normales Inlandsrecht oder Spezialrecht für heterogen verknüpfte Verträge - bestimmt mit zwingenden Sätzen den Mindestinhalt, den die Vertragsparteien selbst dem von ihnen angestrebten Vertragsverhältnis geben müssen: Das eine Recht verlangt dabei z.B. neben der Angabe des verkauften Gegenstandes auch die Angabe des Preises, ein anderes Recht vermutet unwiderleglich, daß mangels Preisbestimmung der übliche Marktpreis gewollt sei. Für die einzelnen Vertragsarten gibt das Gesetz des Staates, der das gesetzliche Vertragsstatut stellt, vielfach weitere zwingende Bestimmungen, die nicht durch eigene Texte der Parteien ausgeschaltet werden können. Wie oben schon angedeutet, ist es weiterhin Sache des Vertragsstatuts, den Parteien auch bezüglich der Wege zur Bildung eines von der gesetzlichen Regelung abweichenden Vertragsinhalts Vorschriften zu machen. Auch die Rom-Konvention verbietet den Signatarstaaten, die ihr Recht als gesetzliches Vertragsstatut betrachten dürfen, nicht, materiellrechtliche Verweisungen zuzulassen oder zu verbieten. Unter der Rom-Konvention kann also das gesetzliche Vertragsstatut eine Verweisung der Parteien auf die *lex mercatoria* oder auf allgemeine Rechtsgrundsätze entweder zulassen oder einschränken. Daß die Parteien nicht aufgrund des Art. 3 der Konvention *lex mercatoria* oder allgemeine Rechtsgrundsätze zum Vertragsstatut wählen können, darauf wird später noch zurückzukommen sein. Mangels entgegenstehender Vorschriften des gesetzlichen Vertragsstatuts können aber die Parteien bei der konkreten Regelung ihres Vertragsverhältnisses auch materiellrechtliche Verweisungen auf andere staatliche Rechte vornehmen; nichts in Art. 4 der Rom-Konvention steht dem entgegen. Auf die schwierige Frage, wie solche materiellrechtlichen Verweisungen auf

⁶ Vgl. dazu LG Aachen, 3.4.1990, R. Int. W. 1990, 491.

ausländisches Recht von einer kollisionsrechtlichen Wahl des Vertragsstatuts für einen Teil des Vertrages - wie sie Art. 3 Abs. 2 der Konvention zuläßt - abzugrenzen sind, wird später noch einmal zurückzukommen sein. Mangels entgegenstehender zwingender Sätze des Vertragsstatuts können die Parteien auch auf ausländisches zwingendes Recht verweisen und ihm den Vorrang vor ihrem eigenen Text und Vorrang vor den nichtzwingenden gesetzlichen Bestimmungen des Vertragsstatuts zuweisen. Das kann auch bezüglich solcher zwingender Bestimmungen eines ausländischen Rechts geschehen, das im Urheberstaat kraft Art. 7 Abs. 2 anwendbar ist, dessen Beachtung durch den Richter im Staat des gesetzlichen Vertragsstatuts aber zunächst deshalb nicht erfolgen kann, weil der dortige Gesetzgeber - wie es die Bundesrepublik Deutschland getan hat⁷ - die Beachtung der in Art. 7 Abs. 2 erlassenen Bestimmungen eines Drittstaates durch einen gemäß Art. 7 Abs. 1 möglichen Vorbehalt nach Art. 22 der Rom-Konvention ausgeschlossen hat. Die Parteien selbst können die Einschaltung zwingender Normen eines dritten Rechts durch materiellrechtliche Verweisung davon abhängig machen, daß die betreffenden Sätze von den Gerichten des Urheberstaates selbst angewendet werden müßten. Es ist aber auch möglich, daß die Parteien z.B. einen zwingenden Ausschluß von Haftungsbeschränkungen in einem fremden Recht in ihr Vertragsverhältnis aufnehmen, obwohl der Urheberstaat die betreffende Bestimmung mangels einer objektiven Verknüpfung zu ihm durch seine eigenen Gerichte gar nicht anwenden würde.⁸

Kommt der Vertrag vor das Gericht eines Signatarstaates der Rom-Konvention, der selbst nicht das gesetzliche Ver-

⁷ Daß der deutsche Gesetzgeber mit der Nichtübernahme des Art. 7 (1) der Rom-Konvention durch einen bei der Ratifikation anzubringenden Vorbehalt einverstanden war, ergibt sich aus der Fassung des Art. 34 des IPR-Gesetzes.

⁸ Auch heute noch finden sich Verträge, in denen bezüglich der Haftung des Seefrachtführers auf den amerikanischen Harter Act verwiesen wird, obwohl keine der örtlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieses Gesetzes durch amerikanische Gerichte vorliegt.

tragsstatut stellt, so hat dieser Forumstaat bei der Anwendung des nach Art. 4 maßgeblichen gesetzlichen Vertragsstatuts auch die von diesem Staat verfüigten Einschränkungen der Parteiautonomie bezüglich materiellrechtlicher Verweisungen zu beachten. Würde der Staat des gesetzlichen Vertragsstatuts eine materiellrechtliche Verweisung auf ein nicht mehr geltendes Gesetz eines ausländischen Staates für unzulässig erklären, so wäre das auch in einem anderen Vertragsstaat der Rom-Konvention zu beachten. Hält das gesetzliche Vertragsstatut eine Inkorporierung der allgemeinen Rechtsgrundsätze in das Vertragsverhältnis für unzulässig, weil damit der Vertragsinhalt unerträglich unbestimmt gemacht werde, so ist auch das von den anderen Signatarstaaten der Rom-Konvention zu respektieren.

Mit einer nach Art. 3 der Rom-Konvention wirksamen Wahl eines anderen staatlichen Rechts zum Vertragsstatut wird die Anwendbarkeit der Bestimmungen des gesetzlichen Vertragsstatuts im Prinzip ausgeschaltet; das gesetzliche Vertragsstatut gilt auch im Urheberstaat - wenn dieser Signatarstaat der Konvention ist -, als abgewählt. Hier von macht die Rom-Konvention wichtige Ausnahmen für Verbraucherverträge und Arbeitsverträge. Eine noch weitergehende Ausnahme betrifft die Fälle, wo sonst das Recht eines Staates, zu dem sämtliche Verknüpfungen hingehen, gesetzliches Vertragsstatut wäre: Seine zwingenden Bestimmungen bleiben, jedenfalls wenn er selbst nichts anderes sagt, vorrangig vor den Bestimmungen des gewählten Vertragsstatuts anwendbar. Hier stellt sich die wichtige Frage, welche Verknüpfungen bei der Ermittlung dessen, ob alle "Teile des Sachverhalts"⁹ in ein und demselben Staat belegen sind, zu beachten bzw. zu ignorieren wären: Ist die Staatsangehörigkeit der Parteien ein solcher "Teil des Sachverhalts"? Ist der Umstand, daß die verkaufte Ware in einem anderen Staat hergestellt wurde,

⁹ Diese deutsche Fassung ist nicht weniger undeutlich als die französische Fassung, wo von "éléments de la situation" die Rede ist.

ein "Teil des Sachverhalts"? Ist der Umstand, daß das gegebenenfalls für Verpflichtungen aus dem Vertrag haftende Vermögen der Parteien anderswo belegen ist, ein "Teil des Sachverhalts"? In der Lehre hat man vielfach versucht, auf derartige Fragen eine Antwort zu finden, indem man mit dem Begriff des "international verknüpften" Vertrages arbeiten wollte; diese Erwägungen sind aber wohl bei der Ermittlung dessen, was ein homogen verknüpfter Vertrag im Sinne von Art. 3 Abs. 3 der Rom-Konvention ist, nicht zu verwenden.

Auch bei der Abwahl des gesetzlichen Vertragsstatuts durch Wahl eines anderen staatlichen Rechts zum Vertragsstatut stellt sich eine Frage, die bereits beim gesetzlichen Vertragsstatut erörtert wurde: Gilt das normale Inlandsrecht des Urheberstaates des gewählten Vertragsstatuts, oder gilt sein hiervon mehr oder weniger abweichendes Spezialrecht, wenn die Voraussetzungen für dessen Anwendbarkeit gemäß dem Recht des betreffenden Staates vorliegen? Hier besteht Parteiautonomie zur Beantwortung dieser Frage nur nach Maßgabe der Bestimmungen des gewählten Vertragsstatutsstaates. Es ist sogar denkbar, daß der mit seinem Recht zum Vertragsstatut gewählte Staat für Verträge, bei denen er nicht schon mangels Rechtswahl sein Recht als gesetzliches Vertragsstatut betrachten müßte, besondere materiellrechtliche Regelungen hat. So ändert sich, wenn Großbritannien Vertragsstaat der Rom-Konvention wird, nichts daran, daß eine Bestimmung des Unfair Contract Terms Act in Kraft bleibt, welche dann, wenn britisches Recht nur kraft Rechtswahl zum Vertragsstatut wird, die Geltung einzelner zwingender Bestimmungen des gesamten Gesetzes ausschließt¹⁰.

¹⁰ Der Entwurf zu dem britischen Contracts (Applicable Law) Act, mit dem die Rom-Konvention zu innerstaatlichem Recht gemacht wird, enthielt eine Klausel, wonach Sec. 27 des Unfair Contract Terms Act 1977 von der Konvention unberührt bleiben sollte. Nach diesem Art. 27 gelten gewisse Bestimmungen des Act nicht, wenn britisches Recht zum Vertragsstatut gewählt wird, und nicht auch ohne Wahl als gesetzliches Vertragsstatut anwendbar wäre. Obwohl die geplante Klausel in dem endgültigen Contracts (Applicable Law) Act weggelassen

Die Wahl nach Art. 3 der Rom-Konvention kann sich nur auf ein geltendes *staatliches* Recht beziehen; das ergibt sich deutlich aus Art. 3, Abs. 3, wo ausdrücklich von der Wahl eines "ausländischen" Rechts gesprochen wird. Abs. 3 kann unmöglich dahin verstanden werden, daß bei einem homogen verknüpften Vertrag die zwingenden Bestimmungen des gesetzlichen Vertragsstatuts dann ihren in Abs. 3 aufrecht erhaltenen Vorrang verlieren, wenn nicht auf "ausländisches" Recht verwiesen wird, sondern wenn etwa Naturrecht, allgemeine Rechtsgrundsätze oder *lex mercatoria* ausdrücklich als "zum Vertragsstatut gewählt" erklärt werden. Derartige Verweisungen auf anderes als staatliches Recht - und zwar so, wie es als gesetzliches Vertragsstatut in Frage kommt - werden beachtlich, wenn das gewählte Vertragsstatut sie als materiellrechtliche Verweisungen unter Verdrängung seines nichtzwingenden Rechts anerkennt.

Genauso wie das letzte intertemporale Recht des gesetzlichen Vertragsstatuts ausdrückliche Verweisungen der Parteien auf dieses Recht, so wie es zu einem bestimmten Zeitpunkt gestaltet ist, anerkennen oder verwerfen kann, erlaubt die Zulassung der Wahl eines anderen staatlichen Rechts als des gesetzlichen Vertragsstatuts den Parteien auch nicht, daß sie die Rechtswahl auf dem Stand des betreffenden Rechts zu einem bestimmten Zeitpunkt festlegen, wenn dies mit dem letzten intertemporalen Recht des betreffenden Staates unvereinbar ist.

Eine Wahl eines staatlichen Rechts zum Vertragsstatut nach Art. 3 der Rom-Konvention kann in der Fassung erfolgen, daß sich die Verpflichtungen und Obliegenheiten der Parteien nach dem betreffenden Recht "richten sollen"; sie wird häufig in die Fassung gekleidet, daß Streitigkeiten "aus dem Vertrag" nach dem von den Parteien

wurde, ist die genannte Regelung des Gesetzes von 1977 auch unter der Rom-Konvention weiter anwendbar.

bezeichneten Recht entschieden werden sollen. Lautet nun die Anweisung der Parteien an die Streitentscheidungsinstanz dahin, daß sie nach freiem Ermessen oder nach Billigkeit über den Streit aus dem Vertrag entscheiden soll, so ist das keine Rechtswahl im Sinne des Art. 3 der Rom-Konvention. Eine Anweisung zu einer möglichen, die Parteien bindenden Novation des Vertragsverhältnisses durch eine Streitentscheidungsinstanz ist gültig, wenn das staatliche Vertragsstatut eine solche bindende Schlichtung eines Streites aus dem Vertrag vorsieht oder jedenfalls zuläßt, und wenn der vorgesehene Schlichter nicht durch ein weiteres staatliches Recht an einer solchen Schlichtungstätigkeit gehindert ist.

Möglicherweise kann die Wahl eines anderen Rechts als des gesetzlichen Vertragsstatuts von den Vertragsparteien zwar ins Auge gefaßt, aber erst für später vorgesehen werden. So ist es insbesondere, wenn die Wahl durch einen Dritten oder eine der Parteien allein erfolgen soll. Sagen die Parteien zugleich, daß keinesfalls das gesetzliche Vertragsstatut maßgebend sein solle, so entsteht eine schwierige Situation, wenn nach dem Vertragstext die Durchführung des Vertrages bereits erfolgen soll, aber die Wahl des Vertragsstatuts noch nicht erfolgt ist. Kann man sich sinnvollerweise zu einem Verhalten verpflichten, von dem man erst später genaue Kenntnis erhält? Steht das schließlich gewählte Recht auf dem Standpunkt, daß eine solche Unsicherheit bei der Vertragserfüllung den Vertrag nichtig macht, so bereitet eine Rückabwicklung dessen, was die Parteien in Unkenntnis des Vertragsstatuts, aber freiwillig geleistet haben, Schwierigkeiten. Hält das schließlich gewählte Recht eine *rückwirkende* Regelung des Vertragsverhältnisses für möglich, so kann das in einem anderen Forumstaat aufgrund seines *ordre public* bedenklich sein.¹¹ Jedenfalls weist das Rom-Abkommen hier eine empfindliche Lücke auf.

¹¹ Vgl. auch Dicey-Morris-Collins, Conflict of Laws 1987, S. 1157.

Die zukünftige Wahl des Vertragsstatuts kann sicher nicht dem Ermessen des staatlichen Richters überlassen werden, wenn diesem durch sein Verfahrensrecht verboten ist, das zu tun, was allein die Parteien hätten tun können oder müssen. Der staatliche Richter hat dann mangels einer spätestens im Prozeß durch die Parteien vorgenommenen Rechtswahl das gesetzliche Vertragsstatut zugrunde zu legen. Eine vielfach anzutreffende Meinung hält freie rückwirkende Wahl des Vertragsstatuts durch einen *Schiedsrichter* für möglich. Es ist aber schwer einzusehen, daß derselbe staatliche Richter, der das, was der Schiedsrichter tut, nicht hätte tun dürfen, die Vollstreckung eines solchen Schiedsspruchs anordnen sollte.

Ob unter der Rom-Konvention eine rein negative Rechtswahl in der Weise möglich ist, daß die Parteien nur erklären, das Recht eines bestimmten Staates *nicht* als Vertragsstatut haben zu wollen, dürfte nicht unbedingt zu verneinen sein: Das betreffende Recht ist dann bei der Ermittlung der engsten Verknüpfungen zu ignorieren.¹² Erklären die Parteien deutlich, daß überhaupt keine staatliche Rechtsordnung für ihren Vertrag als Vertragsstatut maßgebend sein soll, so schalten sie damit auch jeden staatlichen Rechtssatz aus, der ihrem Vertrag die durch Staatsgewalt zu verwirklichende Haftung des Vermögens der Vertragsparteien und entsprechend Einklagbarkeit des Vertrages verschaffen würde.¹³ Sagen sie, daß allein ein nicht in staatlichem Recht bestehender Normenkomplex den

¹² Vgl. hierzu C. App. Angers, Rev. Crit. 1990, S. 501: Ein Arbeitsvertrag, bei dem die Arbeit in Saudi-Arabien zu leisten ist, und der im übrigen nur mit Frankreich Verknüpfungen aufweist, schließt ausdrücklich die Anwendung des französischen Rechts aus, ohne ein anderes als Vertragsstatut anwendbares Recht zu benennen. Nach Kündigung des Vertrages durch den Arbeitgeber werden dem Arbeitnehmer Ansprüche gemäß französischem Recht als dem am engsten verknüpften gesetzlichen Vertragsstatut zugesprochen und hinzugefügt, die stützenden Sätze wären als Sätze des französischen *ordre public* auch dann anwendbar, wenn saudi-arabisches Recht das gesetzliche Vertragsstatut wäre.

¹³ Daß sich im BGB eine Bestimmung wie Art. 1134 (1) des französischen *code civil* nicht findet, bedeutet nicht, daß im deutschen Recht ein inhaltsgleicher Satz nicht gelten würde.

Inhalt ihres Vertragsverhältnisses "regeln" solle, daß sie aber Erzwingbarkeit des Vertrages in den Staaten und durch die Staaten wünschen, so kann das gesetzliche Vertragsstatut darin eine nach seiner Auffassung zulässige globale materiellrechtliche Inkorporation jenes Normenkomplexes in das Vertragsverhältnis sehen, zugleich natürlich auch auf der Beachtung seiner zwingenden Normen bestehen. In nicht wenigen Staaten macht sich die Tendenz bemerkbar, dann, wenn über Streitigkeiten aus dem Vertrag nur ein Schiedsgericht entscheiden soll, den Parteien zu ermöglichen, einen nicht in staatlichem Recht bestehenden Normenkomplex unter Ausschluß jedweden staatlichen Rechts als das vom Schiedsgericht anzuwendende Vertragsstatut zu bezeichnen. Die Rom-Konvention verpflichtet aber keinen Signatarstaat, einen auf diese Weise zustande gekommenen Schiedsspruch anzuerkennen und vollstrecken zu lassen; die staatlichen Gerichte wären auch nicht verpflichtet, anstelle des Schiedsgerichts so, wie es von diesem erwartet wurde, tätig zu werden, wenn das Schiedsverfahren aus irgendeinem Grunde nicht durchgeführt wird.

Für die Urheber der Rom-Konvention scheint es selbstverständlich zu sein, daß die Vertragspartner, wenn sie schon eine Wahl des Vertragsstatuts wollen, ein einziges staatliches Recht zum Vertragsstatut für den ganzen Vertrag bestellen. Bezeichnen sie aber, was durchaus in der Praxis vorkommen kann, mehrere Rechte als für ihren ganzen Vertrag maßgebend, so bereitet auch das keine Schwierigkeiten, wenn die betreffenden Rechte in jeder Hinsicht inhaltlich übereinstimmen. Ist das nicht der Fall und kommt es in einem Punkt, in dem keine Übereinstimmung besteht, zum Streit, so mag der Richter feststellen müssen, daß der Konsens über Widersprüchliches nach allen gewählten Rechten keinen rechtsgültigen Vertrag zustande gebracht hat. Wird vereinbart, daß es jeder Partei oder einer Partei möglich sein soll, sich im Streitfall nach Belieben auf das eine oder andere Recht zu berufen, so kann die Ungewißheit für die andere Par-

tei, was sie zur Vertragserfüllung zu tun hat, den Vertrag unter beiden Rechten als nichtig erscheinen lassen.¹⁴

Ist das einwandfrei schon vor der Durchführung des Vertrages zum Vertragsstatut gewählte staatliche Recht das eines Signatarstaates der Rom-Konvention, so haben alle Signatarstaaten, und zwar auch der Urheberstaat des gewählten Rechts, dieses gewählte Recht anzuwenden, auch wenn zu dem Staat des gewählten Rechts keinerlei objektive Verknüpfung besteht. Ein Nichtvertragsstaat bleibt in seinem internationalen Privatrecht frei, ob er sich hier anschließen will oder nicht.

Wird das Recht eines Nichtsignatarstaates zum Vertragsstatut gewählt, so ist auch diese Wahl durch sämtliche Signatare der Konvention anzuerkennen. Anders ist es für die Gerichte im Staat des gewählten Rechts selbst; dort kann die Rechtswahl etwa deshalb als unbeachtlich gelten, weil keinerlei objektive Verknüpfung zu diesem Staat besteht. Können dann die Parteien nicht anlässlich ihrer Rechtswahl sagen, daß die Wahl nicht gelten soll, wenn das gewählte Recht im Urheberstaat, der kein Signatarstaat ist, nicht angewendet werden würde? Oder würde einer solchen Klausel Art. 15 der Konvention entgegenstehen, wonach unter dem auch kraft Rechtswahl anzuwendenden Recht eines Staates allein die dortigen Sachnormen unter Ausschluß derjenigen des internationalen Privatrechts zu verstehen sind? Das geht m.E. über den Zweck des Art. 15 hinaus; er will, wie auch die im offiziellen Text verwendete Überschrift andeutet, nur Rück- oder Weiterverweisung seitens des gewählten Rechts ausschließen, nicht aber die von den Parteien formulierte Bedingung der Anwendungswilligkeit des Rechts eines Nichtsignatarstaates.

¹⁴ Vgl. dazu auch wieder Anm. 11.

Auch sonst kann die Rechtswahl, obwohl darüber in der Konvention nichts gesagt wird, unter einer Bedingung erfolgen: Insbesondere können die Parteien die Anwendung des primär gewählten Rechts davon abhängig machen, daß danach der Vertrag gültig ist, und sie können für den Fall, daß dem nicht so ist, subsidiär ein anderes Recht zum Vertragsstatut wählen.

Die Phantasie der Parteien und ihrer Rechtsberater bei der Formulierung von Rechtswahlklauseln führt nicht selten zu anderen Situationen, über die die Rom-Konvention nichts sagt. Die Parteien bringen nicht selten trotz deutlicher Wahl eines bestimmten staatlichen Rechts zum Vertragsstatut weitere Klauseln mit materiellrechtlichen Verweisungen auf andere Rechte ein; diese sind dann nach Maßgabe des gewählten Vertragsstatuts zulässig oder unzulässig. Wichtig wird dies, wenn zusätzlich zu den Bestimmungen des gewählten Vertragsstatuts auch auf einzelne zwingende Bestimmungen eines anderen Rechts verwiesen wird, und dies wiederum unter der Bedingung erfolgt, daß die betreffenden Bestimmungen auch im Urheberstaat angewendet werden würden. Was aber ist, wenn die Parteien englisches Recht ausdrücklich zum Vertragsstatut und englische Gerichte oder Schiedsgerichte als ausschließlich zuständig erklären und zugleich auf eine zwingende Bestimmung des australischen Rechts verweisen, welches die Haftung des Seefrachtführers festlegt und zugleich (zwecks Verhinderung der Umgehung dieser Regelung) verbietet, ein anderes Recht zum Vertragsstatut und die Gerichte anderer Staaten zum Gerichtsstand zu wählen? Der englische Court of Appeal will dann der letzteren Klausel den Vorrang einräumen und annehmen, daß damit die Wahl englischen Rechts und englischer Streitentscheidungsinstanzen widerrufen sei.¹⁵ Ob das unter der Rom-Konvention ebenso sein würde, ist zweifelhaft.

¹⁵ Vgl. *The Amazonia (C.A.)*, 1990, Ll. L. Rep. 236.

Wie ist es, wenn die Wahl des Vertragsstatuts unter Druck einer Partei erfolgt? Nach Art. 8 der Rom-Konvention ist der Rechtswahlvertrag gültig, wenn nach dem als gewählt erklärten Recht die Druckausübung eine rechtsgültige Einigung nicht hindert; der Wahlvertrag ist anfechtbar, soweit das unter Druck gewählte Recht diesen Druck als unzulässig oder gar als strafbar betrachtet. Die Eigentümer eines unter Panama-Flagge in der Ostsee tätigen Schiffes werden von einer internationalen Gewerkschaft durch Drohung mit Boykottmaßnahmen in schwedischen Häfen genötigt, unter anderem eine Geldzahlung an die Gewerkschaft zu leisten; für den ganzen Vertrag wird englisches Recht vereinbart. Der Boykott in einem schwedischen Hafen wäre nach schwedischem Recht nicht strafbar; ein Boykott in einem englischen Hafen wäre nach englischem Recht strafbar, und der durch Drohung mit einer strafbaren Handlung erzwungene Vertrag ist nach englischem Recht anfechtbar. Die Schiffseigentümer klagen nach erfolgter Zahlung und implizierter Anfechtung in England auf Rückzahlung des Geleisteten, ohne die Rechtswahlvereinbarung selbst anzufechten. Hier taucht folgende Frage auf: Ist die Wahl des englischen Rechts so zu verstehen, daß sie dessen Anfechtungsbestimmungen in der Weise erfaßt, daß die Strafbarkeit nach englischem Recht zu beurteilen ist, auch wenn das betreffende englische Gesetz räumlich nicht anwendbar sein will? Das englische Gericht will das bejahen.¹⁶

Art. 7 Abs. 2 der Rom-Konvention ermöglicht jedem Signatarstaat, mit Wirkung für seine Gerichte einer zwingenden Norm seines Rechts einen Anwendungsbereich zuzulegen, der jedenfalls nicht davon abhängig ist, daß der betreffende Vertrag dem Recht des Forumstaates als gesetzlichem oder gewähltem Vertragsstatut untersteht. Der Urheberstaat einer zwingenden Bestimmung kann also diese kraft einer Sonderanknüpfung über eine objektive Verknüp-

¹⁶ Dimskal Shipping Co. S.A. vs. International Transport Workers Federation (C.A.), Times 22.12.1989.

fung für anwendbar erklären. Welche objektive Verknüpfung erforderlich ist, sagt die Konvention nicht; es würde wohl genügen, daß das im Forumstaat belegene Vermögen der verklagten Vertragspartei für eine aus dem Vertrag geschuldete Leistung haftbar gemacht werden soll. Die Rom-Konvention hindert aber die Signatarstaaten nicht zu bestimmen, daß eine zwingende Vorschrift ihres Rechts sowohl dann anwendbar sein soll, wenn das betreffende Recht Vertragsstatut ist, als auch dann, wenn dies nicht der Fall ist, aber eine bestimmte objektive Inlandsverknüpfung besteht. Wird das gesetzliche Vertragsstatut über die "engsten Verknüpfungen" des Sachverhalts ermittelt, so wird sich darunter meist, wenn auch nicht immer, diejenige Verknüpfung befinden, die der betreffende Staat der Sonderanknüpfung einer seiner zwingenden Normen zugrunde legt; die Wahl dieses Rechts zum Vertragsstatut erstreckt sich dann auch auf die zwingende Bestimmung. Ist ausnahmsweise die maßgebliche Verknüpfung für die Sonderanknüpfung nicht in den Verknüpfungen enthalten, die für das gesetzliche Vertragsstatut maßgebend sind, und wird das Recht des Urheberstaates dieser Bestimmung zum Vertragsstatut gewählt, so gilt auch dann m.E. die betreffende zwingende Bestimmung als mitgewählt. Aus dem früher schon Gesagten folgt ferner, daß es den Parteien freisteht, eine vom Urheberstaat, der nicht das Vertragsstatut stellt, durch Sonderanknüpfung bezeichnete zwingende Norm in das Vertragsverhältnis zu inkorporieren und ihr Vorrang zu verschaffen.

Ist ein Vertrag sowohl mit dem Staat A als auch mit dem Staat B verknüpft, und ist das Recht von B Vertragsstatut, so kann es vorkommen, daß der Staat B eine seiner zwingenden Bestimmungen nicht angewendet wissen will, weil die für die Sonderanknüpfung dieser Bestimmung maßgebliche Verknüpfung nicht vorliegt; zugleich kann der Staat A eine gleichlautende Bestimmung haben, diese aber deshalb nicht angewendet wissen wollen, weil er nicht das Vertragsstatut stellt. Dann entsteht ein Bereich, in dem

weder die zwingende Bestimmung von A noch die gleichlautende Bestimmung von B anwendbar ist. Dieses Ergebnis mag im Forumstaat wieder als unbefriedigend empfunden werden. Aber auch wenn B keine gleichlautende Bestimmung wie A hat, wird man sich jedenfalls im Staat A nicht leicht damit abfinden wollen, daß die Voraussetzungen für die Sonderanknüpfung seiner zwingenden Bestimmung nicht vorliegen. Abhilfe dadurch zu schaffen, daß man es im Staat A als ordre public-widrig erklärt, daß der Staat B keine gleichlautende Bestimmung hat, die entweder als Bestandteil des Vertragsstatuts oder kraft Sonderanknüpfung anwendbar wäre,¹⁷ scheint mir schwer begründbar.

Wie schon ausgeführt, können die Parteien selbst auch unter einem gewählten Vertragsstatut A einzelne anwendungswillige oder nichtanwendungswillige Bestimmungen eines anderen Rechtes B durch eine materiellrechtliche Verweisung in ihr Vertragsverhältnis mit Vorrang inkorporieren; nur eine gegenteilige Bestimmung im Recht des Vertragsstatuts würde dem entgegengesetzt werden können. Können die Parteien aber nicht eine Bestimmung des Rechts B als Regelung eines "Teils des Vertrages" erklären, und gestützt auf Art. 3 Abs. 2 der Rom-Konvention dafür das Recht B als Teilvertragsstatut wählen? Das führt zu der in der Konvention im Dunkeln gelassenen Frage, was unter "Teil des Vertrages" in Art. 3 Abs. 2 zu verstehen ist. M.E. darf jedenfalls nicht die "Frage" nach der Zulässigkeit einer bestimmten Vertragsklausel als Frage nach der Regelung eines "Vertragsteils" gelten. Andererseits ist eine alternative Anwendung gleichlautender zwingender Bestimmungen mehrerer Rechte kraft Parteivereinbarung auch unter der Rom-Konvention denkbar, insbesondere dadurch, daß die Parteien im Rahmen des Vertragsstatuts

¹⁷ Die Frage wird aktuell, wenn die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des deutschen Haustürgeschäftegesetzes vom 16.1.1986 unter Art. 29 bzw. 34 EGBGB nicht vorliegen, und das anwendbare nichtdeutsche Vertragsstatut keine gleichlautende Bestimmung hat.

eine solche alternative materiellrechtliche Verweisung auf mehrere andere Rechte aussprechen.

Hält der Staat A, der mangels Rechtswahl das gesetzliche Vertragsstatut stellen würde, eine globale materiellrechtliche Verweisung etwa auf die *lex mercatoria* unter Ausschaltung seines nichtzwingenden Gesetzesrechts für unzulässig, während der Staat B dies zulassen würde, so können die Parteien durch Kombination einer Wahl des Rechtes B zum Vertragsstatut und der unter diesem Vertragsstatut zulässigen materiellrechtlichen Verweisung auf die *lex mercatoria* auch deren Anwendbarkeit in A sichern; sie müssen allerdings dabei die Anwendung des zwingenden Rechts von B in Kauf nehmen.

Bei Arbeits- und Konsumentenverträgen kann ein zwingender Satz des gesetzlichen Vertragsstatuts, der gewisse materiellrechtliche Verweisungen für unzulässig erklärt, nicht durch Wahl eines anderen Rechts zum Vertragsstatut unbeachtlich gemacht werden, wenn sich dies zuungunsten des Arbeitnehmers bzw. Konsumenten auswirkt. Zu den zwingenden Sätzen, die ein Forumstaat auch dann durch seine Gerichte anwenden lassen darf, wenn er nach der Rom-Konvention ein anderes staatliches Recht als gewähltes Vertragsstatut respektieren muß, können auch Sätze gehören, welche sich auf die Bildung des Vertragsinhalts durch materiellrechtliche Verweisung beziehen.

Die Frage nach der Parteiautonomie innerhalb einer staatlichen Rechtsordnung ist bei Verträgen, die mit staatlichem Rechtszwang versehen sein sollen, praktisch meist die Frage nach eventuellen *Beschränkungen* einer der verschiedenen Facetten der Parteiautonomie. Die bei manchen Autoren oder Rechtsberatern anzutreffende Tendenz, bei heterogen verknüpften Verträgen den Parteien zu ermöglichen, den Vertrag gänzlich frei von Beschränkungen irgendeines staatlichen Rechts zustande zu bringen, findet in der Rom-Konvention keine Stütze. Obwohl in der

Konvention selbst nicht erwähnt, kann der Urheber des gewählten Vertragsstatuts weitere materiellrechtliche Verweisungen auf außerstaatliches Normenmaterial zulassen, doch bleiben davon seine zwingenden Bestimmungen unberührt. Jeder Staat, der bereit ist, entsprechend dem Wunsch einer Partei dem Vertrag Rechtsschutz zu gewähren, kann sodann eigene zwingende Normen, deren Anwendungsbereich er selber festlegt, zur Anwendung bringen lassen, auch wenn die Parteien unter dem Vertragsstatut in breitem Umfang eine materiellrechtliche Verweisung auf nichtstaatliches Recht vornehmen dürften.

Erfolgt die Feststellung der konkreten Rechtslage nicht durch ein staatliches Gericht, sondern durch ein Schiedsgericht, so können bei Anerkennung bzw. Vollstreckung des Schiedsspruchs durch staatliche Instanzen dieselben Beschränkungen der Parteiautonomie zur Geltung gebracht werden, die ein staatliches Gericht hätte beachten müssen, wenn es selbst die Rechtslage geklärt hätte. Soll das Schieds"gerichts"verfahren zur Entscheidung von Streitigkeiten unter den Parteien eines Vertrages in Wahrheit ein Schlichtungsverfahren sein, bei dem ein Dritter das Vertragsverhältnis, wie es zunächst unter dem maßgeblichen staatlichen Recht zustande gekommen ist, möglicherweise modifizieren darf, so steht auch der modifizierte Vertrag, wenn später wieder ein staatliches Gericht mit ihm befaßt wird, unter den Beschränkungen der Parteiautonomie, die unter der Rom-Konvention durch eine berufene staatliche Rechtsordnung anzuwenden sind.

Die Rom-Konvention befaßt sich nicht mit solchen Verträgen, für die die Vertragsschließenden keinen staatlichen Rechtsschutz - keine "Einklagbarkeit" - wünschen, sondern es bei anderen früher beschriebenen Möglichkeiten des Drucks zur Erfüllung belassen wollen. Nur das gesetzliche Vertragsstatut kann entgegen dem Willen der Vertragsschließenden einen solchen als unklagbar gewollten Vertrag zum einklagbaren Rechtsvertrag machen. Geschieht das

nicht, so kann ein ausreichend verknüpfter Staat Leistungen aufgrund eines außerhalb des Rechts gestellten Vertrages als ungerechtfertigte Bereicherung rückgängig machen, oder die Anwendung von Druckmitteln zur Erzwingung der Leistung als unerlaubte Handlung betrachten und entsprechende Rechtswirkungen daran anknüpfen. Welche Rechte hier zuständig sind, darüber ist in der Rom-Konvention nichts gesagt. Die Parteien können für Streitigkeiten auch für ihren außerhalb des Rechts gestellten Vertrag entweder Schlichtung oder Streitentscheidung durch private Instanzen vorsehen. Eine solche Streitentscheidungsinstanz kann angewiesen werden, die Entscheidung unter Anwendung von nichtstaatlichen Normen zu bilden; denkbar ist aber auch, daß der ohne staatlichen Rechtsschutz abzuwickelnde Vertrag so ausgelegt und ergänzt werden soll, als ob er ein Vertrag unter einem bestimmten staatlichen Recht wäre. Auch bei Bezugnahmen auf allgemeine Rechtsgrundsätze, *lex mercatoria* und ähnliches bestehen dann in der Praxis allzu oft Zweifel, ob die Parteien wirklich ein außerhalb des staatlichen Rechts stehendes "Verhältnis", oder ob sie doch einen "Rechts"vertrag gewollt haben; wird das letztere bejaht, so kann er jedenfalls nach der Rom-Konvention nur ein Vertrag "unter" einem staatlichen Recht als dem Vertragsstatut sein.